Hypotheken für Forderungen aus Order- und Inhaberpapieren.

(§§ 1187—1189 BGB.).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

bei der

hohen juristischen Fakultät

der

Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Georg Schaeffer
Referendar aus Lüneburg.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Leipzig
Druck von August Hoffmann
Spezialdruckerei für Dissertationen
1916.

Referent: Herr Professor Dr. Titze.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit zugeeignet.

Inhaltsverzeichnis.

			Seite
A.	§ 1.	Die historische Entwicklung der Wertpapierhypothek	9
B.		Die Entstehung der Wertpapierhypothek	11
	§ 2.	Die Wertpapierhypothek als Sicherungshypothek .	11
	§ 3.	Die Bestellung und Aufhebung der Wertpapierhypothek	14
C.		Die Abtretung und Belastung der Wertpapierhypothek	19
	§ 4.	Die Abtretung der Wertpapierhypothek	19
	§ 5.	Die Belastung der Wertpapierhypothek mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht	26
D.	§ 6.	Die Ausschließung des unbekannten Gläubigers, insbesondere die Vorschrift des § 1188 Abs. 2 BGB.	28
E.		Der Treuhänder des § 1189 BGB.	30
I.	§ 7.	Entwicklung und Zweck des Treuhänderamts . . .	30
II.	§ 8.	Die Bestellung des Treuhänders	33
III.	§ 9.	Das Erlöschen des Treuhänderamts	41
IV.		Die Rechte und Pflichten des Treuhänders . . .	45
	§ 10.	Allgemeines über die Rechte des Treuhänders . .	45
	§ 11.	Die Rechte des Treuhänders bei Verfügungen über die Wertpapierhypothek	49
	§ 12.	Die Rechte des Treuhänders bei der Geltendmachung der Wertpapierhypothek	54
	§ 13.	Die Pflichten des Treuhänders	56
	§ 14.	Das Verhältnis des Treuhänders zu den Gläubigern	58
	§ 15.	Das Verhältnis des Treuhänders zu dem Gläubigervertreter des SchVG. und zum Vertragsvertreter .	62
V.		Die rechtliche Natur des Treuhänders	64
	§ 16.	Vorbemerkungen	64
	§ 17.	Die verschiedenen Ansichten in der Literatur . . .	67
	§ 18.	Die Stellungnahme des Verfassers	71
	§ 19.	Die Stellung des Treuhänders im Prozesse . . .	78

Literaturverzeichnis.

Achilles-Strecker, Grundbuchordnung 1901.

Biermann, Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht. 3. Auflage 1914.

Böckel, Die Sicherungshypothek, Dissertation, Jena 1901.

Cohn, Die Besonderheiten der im §§ 1187 BGB. bezeichneten Sicherungshypothek, Dissertation, Heidelberg 1904.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 6. Auflage 1913.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechtes, IV. Teil 1908.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs 1896.

Dernburg, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Bd., 1. Abt., Sachenrecht, 8. u. 9. Auflage 1905.

Engelhard im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, XI. Jahrgang 1911 S. 191 ff.: Bestellung eines neuen Pfandhalters (Treuhänders) für eine Hypothek für Teilschuldverschreibungen nach Wegfall des bisherigen.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Bd., 1. Abt. Das Sachenrecht, 6. bis 8. Auflage 1913.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., 1912.

Fuchs, Grundbuchrecht, I. Bd., 1902.

Gaup-Stein, Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, I. u. II., 1913.

Gierke, Deutsches Privatrecht, 2. Bd., Sachenrecht 1905.

Güthe, Grundbuchordnung, I. Bd., 3. Auflage, 1913.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, 1895.

Hachenburg, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch 1900.

Harnier, Bestellung und Wechsel eines Treuhänders nach §§ 1187, 1189 BGB. in JW. 1913, S. 1021.

Heilbrunn in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 5. Jahrgang 1906: Die Entwicklung des Treuhandsgedanken im neuen deutschen Recht.

Hengstberger, Stellvertretung und Treuhand im Bürgerlichen Gesetzbuch, vorzüglich mit Rücksicht auf den § 1189 BGB, Dissertation, Erlangen 1912.

Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des deutschen Reichs, Jena 1901.

Könige, Gesetz betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dez. 1899; 1900 (zit. SchBG.).

Kretschmar, Einführung in das Grundbuchrecht 1902.

Maenner, Sachenrecht, 2. Auflage, 1906.

Meisner, Sachenrecht, 1901.

Müller, Paul, Die Rechtsstellung des Treuhänders im Falle der §§ 1187—1189 BGB., Dissertation, Erlangen 1909.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I. Bd., 6. Auflage, 1912.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, I. u. II. Bd., 4. Aufl., 1909.

Otte, Die Rechtsstellung des Treuhänders im Falle der §§ 1187 bis 1189 BGB., Dissertation, Heidelberg 1910.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, III. Bd., Sachenrecht, 3. Auflage, 1906.

Predari, Die Grundbuchordnung, 2. Auflage 1913.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, II. Bd., Sachenrecht 1899.

Reichsgerichtsräte, Kommentar der, II. Bd., Sachenrecht, 2. Aufl., 1913 (zit. RGR.).

Rieſſer, Zur Kritik der Gesetzentwürfe betreffend des Hypothekenbankwesen und die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen. Zeitschrift für Handelsrecht, Beilageheft zu Band 47, 1898.

Riezler, Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen. Im Archiv für ziviliſtiſche Praxis, Bd. 98, S. 372 ff.

Romeiß, Das Treuhänderverhältnis nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Dissertation, Rostock 1909.

Schulze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. In Iherings Jahrbüchern, Bd. 43, 1911.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 9. Auflage, 1904.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III. Bd., Sachenrecht, 7./8. Auflage, 1912.

Steimer, Der Treuhänder nach §§ 1187—1189 BGB., Dissertation, Heidelberg 1911.

Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, I. Bd., das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Auflage 1906.

Wittkamp, Der Grundbuchvertreter des § 1189 BGB. unter Berücksichtigung der übrigen Vertreterarten bei der hypothekarisch gesicherten Anleihe, Dissertation, Erlangen 1909.

Zeitschriften:

Archiv für zivilistische Praxis, herausgegeben von Heck, Rümelin und Wendt.

J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Holdheims Monatsschriften für Handelsrecht und Bankwesen.

Jahrbücher für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen (zit. KGJ.).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit. RG.).

Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins (zit. JW.).

Deutsche Juristenzeitung (zit. DJZ.).

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat (zit. ZBlFG.).

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (zit. OLG.).

Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts.

A. § 1. Die historische Entwicklung der Wertpapierhypothek.

Vor 1900 gab es nach dem im Deutschen Reiche, insbesondere auch in Preußen, geltenden Rechte keine Möglichkeit, für die Forderung aus Order- oder Inhaberpapieren eine Hypothek zu bestellen, da immer die Eintragung eines bestimmten Gläubigers der Hypothek im Grundbuch verlangt wurde. In den letzten 50 Jahren hatte sich aber das Bedürfnis nach einer solchen Hypothek im Verkehr sehr bemerkbar gemacht. Deutschland entwickelte sich vom Agrar- zum Industriestaat, und große industrielle Unternehmungen entstanden, zu deren Betrieb auch entsprechend große Kapitalien erforderlich waren. Um die Kapitalien zu beschaffen, mußten diese Unternehmungen, da selten so große Geldsummen in einer Hand zu finden waren, zur Ausgabe von Schuldverschreibungen, und zwar von Teilschuldverschreibungen schreiten, die entweder auf den Inhaber oder auf Order lauteten. Die Sicherheit dieser Papiere, die doch schließlich abhängig war von den mehr oder weniger schwankenden Erträgen des betreffenden Unternehmens, schien nicht genügend gewährleistet; infolgedessen war die Absetzung dieser Papiere zu einem für den Unternehmer günstigen Zinssatze mit Schwierigkeiten verknüpft. Die Erfahrung der letzten Jahrzehnte hat dann auch bewiesen, daß im Geldverkehr die hypothekarisch gesicherten Anleihen viel leichter und zu günstigerem Zinsfuße abzusetzen sind als die einer solchen Sicherung entbehrenden Papiere. Es war also erforderlich, die Sicher-

heit dieser Papiere zu erhöhen, und hierzu eignete sich am besten die hypothekarische Belastung der dem betreffenden Unternehmen gehörenden Grundstücke zugunsten der Gläubiger aus den Papieren.

Die Versuche, den Inhabern solcher Papiere hypothekarische Sicherheit zu gewähren, scheiterten zunächst infolge der damaligen gesetzlichen Bestimmungen und der Rechtsprechung des Reichsgerichts[1]). In der Praxis kam man aber auf Umwegen doch zu einer wenigstens teilweisen hypothekarischen Sicherung solcher Forderungen, ausgehend von Art. 301 des alten Handelsgesetzbuchs (§ 363 des neuen HGB.). Die Großindustriellen bedienten sich zur Ausgabe ihrer auf Order lautenden Papiere meistens eines Bankhauses. Auf den Namen dieses die Anleihe vermittelnden Bankhauses als des ersten Gläubigers wurde dann eine Hypothek, eine sog. Kautionshypothek eingetragen. In den Anleihebedingungen, die einen Teil der Eintragungsbewilligung ausmachten, wurde vereinbart, daß mit der Übertragung jeder Schuldverschreibung auch ein entsprechender Anteil an der Hypothek auf den Erwerber übergehen sollte. Das Bankhaus wurde gleichzeitig zum Treuhänder und so zum mit unwiderruflicher Vollmacht versehenen Vertreter der Inhaber der Teilschuldverschreibungen hinsichtlich der Hypothek bestellt. Die Zulässigkeit einer solchen Hypothek ist auch vom Reichsgericht anerkannt[2]). Diese Hypothekenbestellung, die sich lediglich auf Artikel 301 des alten HGB. stützte, war jedoch nicht zulässig für solche Personen, die nicht Kaufleute waren, und auch nicht für Schuldverschreibungen auf den Inhaber[3]).

Das Bedürfnis nach einer hypothekarischen Sicherheit von Wertpapieren wurde auch durch einige landesgesetzliche

---

[1]) RG. Bd. 14, S. 94; Bd. 18, S. 346.
[2]) RG. Bd. 22, S. 61; Bd. 31, S. 90; JW. 1896, S. 20.
[3]) Protokolle III S. 669.

Sondervorschriften, so auch durch das preußische Gesetz betr. das Pfandrecht an Privateisenbahnen und Kleinbahnen vom 19. August 1895 §§ 20 ff., 62, 63 anerkannt.

Die Reichsgesetzgebung ist dann auch diesem Bedürfnis in den §§ 1187 ff. BGB. gerecht geworden.

B. Die Entstehung der Wertpapierhypothek.

§ 2. Die Wertpapierhypothek als Sicherungshypothek.

Nach § 1187 BGB. kann für die Forderungen aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, eine Hypothek bestellt werden. Die Schuldverschreibung auf den Inhaber ist eine Urkunde, in der der Aussteller dem Inhaber der Urkunde eine Leistung verspricht (§ 793 BGB.). Nach herrschender Ansicht kann für solche Inhaberschuldverschreibungen eine Hypothek jedoch nur bestellt werden, wenn die in ihnen versprochene Leistung in einer bestimmten Geldsumme besteht[4]), und für diese Schuldverschreibungen ist gemäß § 795 staatliche Genehmigung erforderlich, falls sie im Inlande ausgestellt und nicht vom Reich oder einem Bundesstaat ausgegeben sind. Nicht hierher gehören die in § 808 BGB. geregelten sog. Legitimationspapiere. Von den Forderungen aus Orderpapieren kommen für die hypothekarische Sicherung hauptsächlich in Betracht die Forderungen aus kaufmännischen Anweisungen und aus kaufmännischen Verpflichtungsscheinen, die gemäß § 363 HGB. auf respektive von einem Kaufmann auf Order lautend ausgestellt

---

4) Planck III S. 701; Staudinger III S. 679; Turnau-Förster S. 1003; Biermann III S. 601; RGR. II S. 468; RG. in DJZ. 1905, S. 964; a. M. Fuchs S. 607, Bem. 6.

sein müssen und in denen die Leistung in vertretbaren Sachen bestehen und von einer Gegenleistung unabhängig sein muß. Auch hier kommen natürlich nur solche Papiere in Betracht, in denen die Leistung auf eine bestimmte Geldsumme lautet. Dies sind die Fälle, in denen die Hypothek des § 1187 häufiger Anwendung finden wird, und zwar hauptsächlich dann, wenn es sich um Ausgabe von Teilschuldverschreibungen handelt.

Nach § 1187 ist die Bestellung einer Hypothek natürlich auch möglich für eine einzige Forderung aus einem solchen Papiere, also bei einzelnen Inhaber- und Orderschuldverschreibungen und bei einem Wechsel. In der Praxis werden aber derartige Hypotheken kaum vorkommen[5]). Für die Wertpapierhypothek scheiden die Orderpapiere des § 363 Abs. 2 HGB. fast ganz aus, da sie in den seltensten Fällen auf eine bestimmte Geldforderung lauten.

Der Hauptvorzug der Forderungen aus Inhaber- und Orderpapieren besteht in ihrer leichten Übertragbarkeit, in ihrer großen Umlaufsfähigkeit, die aber fast aufgehoben werden würde durch die Verbindung mit einer Hypothek, bei der die Abtretung der Forderung (§§ 1154, 1155 BGB.) sehr umständlich ist. Es war also die Aufgabe zu lösen, den obigen Forderungen hypothekarische Sicherheit zu verschaffen, ohne ihre leichte Umlaufsfähigkeit zu beeinträchtigen. Um dies zu erreichen, mußte man zur Sicherungshypothek, zur Buchhypothek greifen. Bei der Natur der Inhaber- und Orderpapiere ist es klar, daß sich der Gläubiger zum Beweise seiner Forderung nicht

---

[5]) Vgl. Hachenburg, Beiträge S. 153, wo es heißt: „der reguläre Wechsel, der als Umlaufs- und Zahlungsmittel dient, widerstrebt seiner ganzen Natur nach einer Pfandsicherung; er ist grade umgekehrt die Verkörperung des Personalkredits, und eine Verknüpfung mit einem dinglichen Rechte wäre eine Kette für ihn."

auf die Eintragung der Hypothek stützen darf. Der Inhaber des Inhaberpapieres oder der durch die fortlaufende Kette der Indossamente legitimierte Inhaber des Orderpapieres ist der berechtigte Gläubiger aus dem betreffenden Papier. Die Forderung ist in dem Papier verkörpert, das Forderungsrecht folgt dem Recht am Papier. Deshalb ist eine hypothekarische Sicherung dieser Forderung nur in der Weise möglich, daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann (§ 1184 BGB.), also nur in der Form der Sicherungshypothek[6]).

Diese Hypothek gilt aus obigem Grunde sogar als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuch nicht als solche eingetragen ist. Eine Folge hiervon ist nach § 1185, daß die Erteilung eines Hypothekenbriefes und die Anwendung der §§ 1138, 1139, 1141 und 1156 ausgeschlossen ist. Die Erteilung eines Hypothekenbriefes würde auch die Sicherheit dieser Forderungen im Verkehr gefährden und zu Verwirrungen führen können. Denn ebenso wie durch den Hypothekenbrief wird durch das Wertpapier selbst, wie oben gesehen, der Gläubiger aus dem Forderungsrecht vollwirksam legitimiert. Geraten beide Urkunden in verschiedene Hände, so ergeben sich große Schwierigkeiten für die Frage, wer nun der berechtigte Gläubiger ist.

Um aber die leichte Übertragbarkeit der Wertpapiere trotz der hypothekarischen Sicherung zu erhalten, mußte die Vorschrift des § 1154 Abs. 3, wonach zur Abtretung der Hypothek Einigung und Eintragung erforderlich ist, aufgehoben werden. Dies ist im § 1187 Satz 3 geschehen (vgl. hierüber § 4 der Abhandlung). Die Wertpapier-

---

[6]) Vgl. Planck III S. 702.

hypothek wird hiernach durch Übergabe des Papiers übertragen. Hier tritt das Wertpapier vollständig an die Stelle des Hypothekenbriefes und erfüllt dessen Aufgaben in gewissem Sinne noch vollkommener, da die Schuldverschreibung nicht an die grundbuchrechtlichen Formen des Hypothekenbriefes gebunden ist. So ist es also in der Form der Sicherungshypothek mit der erleichterten Übertragbarkeit dem Gesetzgeber gelungen, den Forderungen aus Inhaber- und Orderpapieren hypothekarische Sicherheit zu gewähren, ohne ihre leichte Umlaufsfähigkeit zu verringern.

§ 3. Die Bestellung und Aufhebung der Wertpapierhypothek.

Die Bestellung der Hypothek für die Forderung aus einem Wertpapier geschieht regelmäßig nach den allgemeinen Vorschriften über die Bestellung einer Sicherungshypothek. Es ist also gemäß § 873 BGB. Einigung zwischen dem Berechtigten und dem Eigentümer und Eintragung ins Grundbuch erforderlich. Nur für die Bestellung der Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber hat § 1188 BGB. eine Erleichterung geschaffen. Dieser Paragraph bestimmt im Hinblick auf die Unbestimmtheit des Gläubigers, daß zur Bestellung der Hypothek für eine Inhaberschuldverschreibung die einseitige Bestellungserklärung des Eigentümers dem Grundbuchamte gegenüber und die Eintragung der Hypothek ins Grundbuch genügt. Diese einseitige Erklärung muß gemäß § 29 GB. entweder zu Protokoll des Grundbuchamtes abgegeben oder in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde niedergelegt sein[7]).

---

[7]) Turnau-Förster S. 1003; Oberneck II S. 421; Planck III S. 705; RGR. II S. 469.

Da nach § 795 Abs. 1 u. 3 BGB. die auf Geld lautende Schuldverschreibung auf den Inhaber ohne staatliche Genehmigung nicht in den Verkehr gebracht werden darf und nichtig ist, und da diese Nichtigkeit infolge der akzessorischen Natur der Sicherungshypothek auch die Hypothek ergreifen würde, darf das Grundbuchamt die Hypothek nicht eintragen, bevor die staatliche Genehmigung in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Form beigebracht ist[8]). Hiergegen macht Planck geltend, daß durch die Eintragung der Sicherungshypothek die Papiere nicht in den Verkehr gebracht werden und daß die Rechtsgültigkeit der Forderung, für welche die Hypothek bestellt wird, von dem Grundbuchamte nicht zu prüfen ist[9]). Eine Pflicht des Grundbuchbeamten, die Rechtsbeständigkeit seiner Eintragungen zu prüfen, ist unbestritten. Der Grundbuchbeamte hat die Verfügungsmacht des Antragenden zu prüfen. Aus dem Inhalte des Antrages ergibt sich, daß die Hypothek für Inhaberschuldverschreibungen eingetragen werden soll und aus § 795 BGB. folgt, daß sowohl die Inhaberschuldverschreibung wie auch die Hypothek nichtig sind, wenn die Verfügungsmacht des Eigentümers nicht durch die staatliche Genehmigung ergänzt worden ist. Das Grundbuchamt kann nicht verpflichtet sein, eine Eintragung vorzunehmen, von der zweifelhaft ist, ob sie ihren Zweck erreichen wird. Ohne Bedeutung ist in dieser Beziehung, ob die Inhaberpapiere im Zeitpunkt der Hypothekenbestellung bereits in den Verkehr gebracht sind oder nicht[10]). Eine weitere Prüfungspflicht des Grundbuchrichters kann sich aus

---

[8]) So auch: Staudinger III S. 944; Biermann S. 604; Turnau-Förster S. 1003; Endemann S. 817; Güthe I S. 922; Enneccerus S. 529; Maenner S. 391.

[9]) Planck S. 706; ebenso RGR. II S. 469; Fuchs I S. 607.

[10]) Ebenso: Staudinger III S. 944; Biermann S. 605; Güthe I S. 922; Turnau-Förster S. 1003; a. M. Oberneck S. 422.

§ 793 Abs. 2 Satz 1 ergeben, wonach die Gültigkeit der Unterzeichnung der Schuldverschreibung durch eine in die Urkunde aufgenommene Bestimmung von der Beobachtung einer besonderen Form abhängig gemacht werden kann.

Bei der Bestellung einer Orderpapierhypothek ist unter Angabe des Betrages und unter Bezugnahme auf das Orderpapier als Hypothekengläubiger auf jeden Fall „der mit Namen zu nennende erste Gläubiger oder der durch Indossament legitimierte Inhaber des Orderpapiers" einzutragen[11]). Da die Wertpapierhypothek Sicherungshypothek ist, auch wenn sie im Grundbuch nicht als solche bezeichnet ist, ist es jedenfalls notwendig, im Grundbuch ersichtlich zu machen, daß die Forderung eben eine Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder aus einem Orderpapier ist. Denn wenn das Gesetz die Bezeichnung der Hypothek als Sicherungshypothek erläßt, so kann dies nur darin seinen Grund haben, daß die Eigenschaft der Hypothek bereits mittelbar aus dem Grundbuch hervorgeht. Deswegen kann es auch nicht genügen, daß bei einer Hypothek für die Forderung aus einem Orderpapier als Gläubiger nur der Remittent eingetragen wird, die Eintragung muß vielmehr auch zugunsten der übrigen Indossatare erfolgen (vgl. OLG. — Dresden — 4, S. 191).

Bei der Inhaberpapierhypothek erfolgt die Eintragung nicht auf eine namentlich genannte Person, z. B. den ersten Gläubiger des Inhaberpapiers, sondern auf den „Inhaber". Eine Erleichterung gewährt hier noch § 51 GBO., wonach es bei der Eintragung einer Hypothek für Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber genügt, wenn der

---

[11]) So: Staudinger III S. 944; Endemann S. 871—72; Biermann S. 601; Güthe I S. 923; Kretschmar S. 598; OLG. 4 S. 191; KGJ. 35 B. 29; a. M. Turnau-Förster S. 1008; Planck III S. 529 zu § 1115; Oberneck II S. 421 und Fuchs I S. 606.

Gesamtbetrag der Hypothek unter Angabe der Anzahl, des Betrags und der Bezeichnung der Teile eingetragen wird. Die Eintragung einer besonderen Hypothek für jeden einzelnen Teil ist selbstverständlich ebenfalls zulässig. Es besteht wohl kein Bedenken, diese Vorschrift des § 51, die nur für Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber gegeben ist, auch auf indossable Teilschuldverschreibungen auszudehnen, wofür auch besonders die historische Entwicklung des § 51 spricht[12]).

Zweifelhaft ist noch, ob die Eintragung der Sicherungshypothek in das Grundbuch auf den Wertpapierbriefen zu vermerken ist und ob diese Wertpapiere bei der Bestellung der Hypothek vorzulegen sind. Der § 44 GBO. bestimmt, daß bei einer Hypothek für die Forderung aus einem Wertpapier eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn die Urkunde vorgelegt wird und daß die Eintragung auf der Urkunde zu vermerken ist. Die herrschende Meinung[13]) lehnt die Vorlegung der Urkunde und folglich auch den Eintragungsvermerk auf dieser bei der Hypothekenbestellung ab, indem sie sich stützt auf den Wortlaut des § 44 Abs. 1; denn die Eintragungen erfolgen nicht *bei* der Hypothek, sondern *begründe* diese erst. Nach meiner Ansicht ist eine derartige Wortauslegung des § 44 Abs. 1 zu eng und aus Zweckmäßigkeitsgründen zu verwerfen. Wenn der Wortlaut zu eng gefaßt ist, so kommt dies, wie Güthe I S. 925 oben sagt, offenbar daher, daß § 44 sich an

---

[12]) Vgl. Endemann S. 872; Güthe I S. 1010; RGR. II S. 467; Enneccerus S. 529; Oberneck II S. 422; Predari S. 675; Biermann S. 605; Kretschmar S. 598; Planck III S. 706; Turnau-Förster I S. 1004; KGJ. 22 D. 28; OLG. 4 S. 191 ff.

[13]) Staudinger III S. 944, vgl. aber die widersprechende Stelle S. 941, wonach die Bestellung auf der Urkunde zu vermerken ist; Turnau-Förster S. 1004; Biermann S. 604; Planck III S. 706; RGR. II S. 469; Endemann S. 874; Oberneck II S. 421; Predari S. 632; Fuchs I S. 606; OLG. 6 S. 105.

die Fassung des § 42, der die Vorlegung des Hypothekenbriefes bei Eintragungen verlangt, anschließt. Im § 42 bedurfte der Fall der ersten Eintragung aus naheliegenden Gründen keiner Erwähnung. Im Falle des § 44 aber ist die Urkunde bereits vor der Eintragung vorhanden. Für die analoge Anwendung spricht die Erwägung, daß andernfalls die durch den § 44 angestrebte Übereinstimmung zwischen Buch und Urkunde nicht geschaffen würde. Regelmäßig wird auch das betreffende Wertpapier auf eine Hypothekenbestellung Bezug nehmen, und so ist es schon mit Rücksicht hierauf zum Schutze des Publikums notwendig, daß die Eintragung der Hypothek auf dem Wertpapier vom Grundbuchamte vermerkt wird. Als Grund für die Anwendung des § 44 ist noch folgendes anzuführen. Bei späteren Eintragungen sind die Urkunden vorzulegen, und diese Eintragungen sind auch auf den Urkunden zu vermerken. Ein solch späterer Vermerk auf der Urkunde würde ohne den vorhergehenden Vermerk der ursprünglichen Eintragung der Hypothekenbestellung vielfach unverständlich sein.

Im Anschluß an die Bestellung der Hypothek sei hier gleich ein Wort über die Aufhebung der Hypothek gesagt. Sie erfolgt gemäß §§ 875, 1183 BGB. auf dem regelmäßigen Wege durch Erklärung des Inhabers bzw. des durch Indossament legitimierten Inhabers, daß er die Hypothek aufgebe, und durch mit Zustimmung des Eigentümers bewirkter Löschung im Grundbuch. Der § 44 GBO. dürfte Anwendung finden.

Die Umwandlung der Inhaber- und Orderpapierhypothek in eine Namenshypothek, d. h. in eine Hypothek für einen bestimmten Gläubiger aus dem Papier, ist zulässig und untersteht den allgemeinen Vorschriften über die Änderung des Inhalts einer Hypothek. Gemäß §§ 877, 873 BGB. ist also Einigung zwischen dem Eigentümer und Gläubiger und Eintragung ins Grundbuch erforderlich.

Steht die Befugnis, die Hypothek abzuändern, dem Treuhänder nach Maßgabe des Bestellungsgeschäfts zu, so kann auch dieser statt der Gläubiger an der Einigung mitwirken[14]). Der Gläubiger kann einseitig so wenig ohne Mitwirkung des Eigentümers die Inhaber- oder Orderhypothek in eine Namenshypothek umwandeln, so wenig die Umschreibung eines Inhaberpapiers auf den Namen eines bestimmten Berechtigten ohne den Aussteller erfolgen kann. Der Aussteller ist gemäß § 806 BGB. zur Umschreibung nicht verpflichtet, mit Ausnahme der durch Art. 101 EGBGB. aufrecht erhaltenen, auf landesrechtlichen Vorschriften beruhenden Ausnahmen, die sich jedoch lediglich auf solche Schuldverschreibungen auf den Inhaber beziehen, die von dem betreffenden Bundesstaat oder den ihm angehörenden Stiftungen, Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts ausgestellt sind. In diesen Fällen wird stets der Aussteller der Schuldverschreibungen mit dem Grundstückseigentümer identisch sein, so daß auch für den letzteren die Verpflichtung zur Hypothekenänderung besteht; vgl. Näheres Fuchs I S. 609 D. 12.

C. Die Abtretung und Belastung der Wertpapierhypothek.

§ 4. Die Abtretung der Wertpapierhypothek.

Die Wertpapierhypothek ist eine Sicherungshypothek und demgemäß müßten auf die Abtretung dieser Hypothek nach § 1154 Abs. 3 die §§ 873, 878 entsprechende Anwendung finden. Da aber durch dieses umständliche Verfahren, wie oben gezeigt, die leichte Umlaufsfähigkeit der betreffenden Wertpapiere stark beeinträchtigt würde, hat der Gesetzgeber in § 1187 Satz 3 die Anwendung der gen.

[14]) Fuchs I S. 609.

Paragraphen beseitigt. Da nach § 1153 Abs. 2 die Forderung nicht ohne die Hypothek und die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann, und da durch § 1187 Satz 3 i. V. m. § 1154 Abs. 3 die Anwendung des § 873 ausgeschlossen ist, muß sich die Abtretung der Hypothek eben nach der Übertragung der Wertpapiere richten. Der Übergang der Forderung schließt ohne weiteres den Übergang des hypothekarischen Rechts in sich. Es bedarf keiner Eintragung ins Grundbuch. Es erfolgt also hier die Übertragung der Hypothek nach den für die Forderung geltenden Regeln.

Die für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber bestellte Hypothek wird durch Übergabe des Papiers übertragen. Durch den Besitz und die Vorlegung des Papiers ist der neue Inhaber als Gläubiger zum Antrag auf Eintragungen bei der Hypothek legitimiert.

Die Orderpapierhypothek wird durch Indossament und Übergabe des Papiers übertragen. Die Wirksamkeit des Indossaments ist an eine öffentliche Beurkundung oder Beglaubigung nicht gebunden. Will der neue Gläubiger aber eine Eintragung bei der Hypothek vornehmen lassen, so fragt sich, wie der durch das Wertpapier und die Indossamente zu führende Nachweis mit dem § 29 GBO. in Übereinstimmung zu bringen ist, da ja an sich die Wertpapiere sowohl wie die Indossamente keine öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden sind. Festzustellen ist zunächst, daß eine Sonderbestimmung für diese Hypotheken formellrechtlich nicht besteht. Auch der § 44 GBO. kann keine Ausnahme von dem § 29 schaffen. Wenn er bestimmt, daß eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn die Urkunde vorgelegt wird, so bedeutet das nur, daß ohne Vorlegung der Urkunde die Eintragung nicht erfolgen darf, nicht aber, daß die Urkunde in jeder Form eine ge-

nügende Grundlage der Eintragung bildet. Nach dem heutigen Stande der Gesetzgebung wird man nicht umhinkommen, verlangen zu müssen, daß ein späterer Gläubiger die Echtheit der vorhergehenden Indossamente in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Form nachweist[15]). Da nun weder das Wertpapier selbst noch auch die Indossamente öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu sein pflegen, kann der neue Gläubiger seine Eintragung nur auf Grund der Bewilligung des bisher eingetragenen Gläubigers oder auf Grund dessen rechtskräftiger Verurteilung zur Erteilung dieser Bewilligung erreichen; er muß also eventuell im Wege der Klage die Berichtigung des Grundbuchs erwirken.

Die Hypothek folgt durchaus dem dinglichen Recht an dem Wertpapier. Sie geht samt dem Forderungsrecht ohne weitere Voraussetzung auf den Erwerber der Urkunde über. Beide Rechte entstehen in der Person des Erwerbers selbständig und unabhängig von dem Rechte der bisherigen Inhaber der Urkunden, weil aus dem Eigentum an dem Wertpapier sich Gläubigerrecht und Forderung ableiten.

Infolgedessen können Einwendungen solchen hypothekarisch gesicherten Forderungen aus Wertpapieren nur in beschränktem Maße entgegengesetzt werden. Es ist hier wie bei der Sicherungshypothek zu unterscheiden zwischen Einwendungen aus dem Schuldverhältnis und solchen gegen den dinglichen Bestand der Hypothek. Die Zulässigkeit von Einwendungen und Einreden gegen die Forderung bestimmt sich nach den Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse über Schuldverschreibungen auf den Inhaber und über Orderpapiere. Für beide Arten von Wertpapieren gilt im wesentlichen dasselbe, vgl. BGB.

---

[15]) Vgl. Planck III S. 702; Güthe I S. 925; RGR. II S. 468; Maenner S. 425; Turnau-Förster S. 1002; Biermann S. 602; Predari S. 632; a. M. Fuchs I S. 608.

§ 796, HGB. § 364 Abs. 2 und WO. Art. 82. Danach müssen die Einwendungen entweder die Gültigkeit der Erklärung des Ausstellers betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den derzeitigen Gläubiger zustehen. Außerdem kann der Aussteller natürlich noch einwenden, daß der Präsentant zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt sei (BGB. § 793 Abs. 1 Satz 1). Demnach stehen auch dem Eigentümer gegen den dinglichen Anspruch des Hypothekengläubigers auf Grund des § 1137 BGB., nach welchem er die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einwendungen geltend machen kann, nur in diesem beschränkten Umfang Einwendungen zu. Daneben hat er auf Grund des § 1137 die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden, sowie Einwendungen auf Grund eines zwischen ihm und dem jetzigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses. Einwendungen und Einreden gegen die Person eines Rechtsvorgängers sind infolge des öffentlichen Glaubens der Papiere grundsätzlich unzulässig, selbst dann, wenn sie dem neuen Gläubiger zur Zeit des Erwerbs der Forderung bekannt waren; eine Ausnahme besteht nur im Falle der Arglist. Soweit aber eine Einwendung gegen die Forderung unzulässig ist, kann aus ihr auch keine Einwendung gegen die Hypothek hergeleitet werden.

Zulässig sind schließlich noch Einwendungen gegen den dinglichen Bestand der Hypothek. Will der Eigentümer das Bestehen der im Grundbuch eingetragenen Hypothek bestreiten, so muß er nachweisen, daß dem Gläubiger beim Erwerbe der Forderung das Nichtbestehen der Hypothek bekannt war. Denn einem gutgläubigen Erwerber der Hypothek gegenüber ist diese Einwendung gemäß § 892 BGB. ausgeschlossen. Bestand die Hypothek bei ihrer Eintragung aus irgendeinem Grunde nicht, erwirbt dann

aber der Erwerber des Order- oder Inhaberpapiers die Forderung, ohne das Nichtbestehen der Hypothek zu kennen, so gelangt die Hypothek zur Entstehung und das Grundbuch wird richtig. Ebenso verhält es sich, wenn zwar der erste Erwerber des Inhaberpapiers nicht gutgläubig ist, wohl aber ein späterer. Anderer Ansicht ist in diesem Falle Hachenburg (Vorträge S. 605). Wenn der erste Gläubiger bei der Bestellung der Hypothek wußte, daß der als Eigentümer eingetragene Besteller der Hypothek nicht der wahre Eigentümer ist, so erhält nach Hachenburg der spätere Erwerber des Orderpapiers, weil er nicht als Gläubiger eingetragen wird, die Hypothek so wie der erste Gläubiger. Mit dem Wegfall der Form der Übertragung, mit der Befreiung des Übergangs dieser Hypothek vom Eintrag zum Grundbuch fehlt nach Hachenburg die Möglichkeit, dem redlichen Erwerber ein von dem Rechte seines Vormannes unabhängiges Recht zu geben. Daraus folge, daß jeder Inhaber der Forderung trotz seines guten Glaubens an die in seiner Urkunde erwähnte Hypothek darauf gefaßt sein müsse, daß ihm deren Existenz bestritten werde. Dieser Ansicht ist nicht Folge zu leisten. Wer von einem eingetragenen Gläubiger ohne Kenntnis des Mangels des Rechts gutgläubig erwirbt, kann sich auf die Richtigkeit des Grundbuchs selbst dann berufen, wenn er für seine Person ohne Eintragung erworben hat[16]). Ist also der erste Indossatar gutgläubig, so wird die Hypothek gültig und das Grundbuch richtig. Aber auch wenn dieser die Unrichtigkeit des Grundbuchs kennt, kann sich jeder spätere Indossatar auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zwar nicht hinsichtlich des Gläubigerrechts der nicht ein-

---

[16]) Ebenso die herrschende Meinung, vgl. Planck III S. 703; Biermann S. 603; Staudinger III S. 942; Kretschmar S. 596; jetzt auch Turnau-Förster S. 1006; Jacobi S. 342.

getragenen Indossanten, wohl aber hinsichtlich des Bestehens der eingetragenen Hypothek berufen.

Genau ebenso ist die Rechtslage bei der Zulassung der im § 1157 geregelten Einreden gegen die Hypothek als solche, die dem Eigentümer aus einem zwischen ihm und einem früheren Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse zustehen. Die Hypothek gilt als Sicherungshypothek, so daß der § 1157 Anwendung findet. Deshalb kann z. B. die Zusage der Stundung des hypothekarischen Anspruchs, die der bisherige Gläubiger dem Eigentümer gegeben hat, auch gegen den neuen Gläubiger geltend gemacht werden, wenn sie diesem bekannt oder aus dem Grundbuch ersichtlich war, während gleiches, wie wir sehen, von der Zusage der Stundung der Forderung nicht gilt. Anderer Meinung ist auch hier Hachenburg (Vorträge S. 605), nach dem der § 1157 nur dann Anwendung findet, wenn die Einrede im Grundbuch eingetragen ist, weil der Gläubiger aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch die Hypothek aus eigenem Recht, nicht aus dem Recht seines Vormannes erwerbe. Gegen diese Einschränkung macht Planck mit Recht geltend, daß die Eintragung der Einrede ins Grundbuch nur bezwecke, sie zu veröffentlichen und ihr gegenüber einem redlichen Dritten Wirksamkeit zu verschaffen. Wenn man aber die das dingliche Recht betreffenden Einreden aus der Person eines Rechtsvorgängers gegen den Inhaber wirken läßt, soweit sie eingetragen sind, steht nichts entgegen, ihnen auch gegen den Inhaber, der sie zur Zeit seines Erwerbes kannte, Wirkung beizulegen[17]). Für diese Ansicht spricht auch noch der Umstand, daß ein die Ansicht Hachenburgs vertretender Antrag in der 2. Kommission aus dem Grunde abgelehnt wurde, weil das Verhältnis hier ähnlich wie bei der Brief-

[17]) Ebenso jetzt die herrschende Meinung, vgl. Anm. 16.

hypothek zu gestalten sei[18]). Mit dieser Frage steht die durch die 2. Kommission[18]) eingeschaltete Bestimmung der GBO. § 44 im Zusammenhange, nach welcher bei Wertpapierhypotheken eine Eintragung in das Grundbuch nur erfolgen soll, wenn das Wertpapier vorgelegt wird, und nach der die Eintragung auf dem Papier zu vermerken ist. Durch diese Vorschrift soll offenbar erreicht werden, daß eine im Grundbuch eingetragene Einrede gegen die Hypothek zugleich zu einer solchen wird, die sich aus der Urkunde ergibt und die infolgedessen auch nach § 796 BGB., § 364 Abs. 2 HGB. und Art. 82 Abs. 2 WO. dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden kann. Da indessen diese Vorschrift der GBO. nach Abs. 2 des § 44 keine Anwendung findet, wenn die Eintragung auf Grund der Bewilligung eines nach § 1189 BGB. bestellten Treuhänders oder auf Grund einer gegen diesen erlassenen gerichtlichen Entscheidung bewirkt wird, so wird dieses Ziel in vielen Fällen nicht erreicht werden.

Bei der Abtretung der Wertpapierhypothek bleibt noch die Frage zu prüfen, wie es ist, wenn der Eigentümer der belasteten Grundstücke, der in der Regel mit dem Aussteller der Schuldverschreibungen identisch sein wird, das Wertpapier und damit auch die Hypothek erwirbt, m. a. W. ob und wie die Vorschriften über die Eigentümerhypothek hier Anwendung finden. Nach herrschender Ansicht ist diese Frage zu bejahen. Insbesondere gilt § 1177 Abs. 2 auch hier. Einige Ausnahmen ergeben sich jedoch aus der Natur dieser Forderungen. Eine Vereinigung von Gläubiger und Schuldner in einer Person bewirkt hier z. B. kein Erlöschen der Forderung. Erwirbt der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, eine Teilschuldverschreibung, so ruht zwar das Forderungsrecht der Aus-

---

[18]) Protokolle III S. 672, 673.

übung nach, besteht aber gleich wohl als verbrieftes derart fort, daß es auch die Hypothek erhält. Es entsteht keine Eigentümerhypothek im Sinne des § 1177 Abs. 1 BGB.[19]), sondern die Hypothek ist nach wie vor zur Befriedigung der Forderung aus dem Wertpapier bestimmt. Bei Weiterbegebung des in die Hand des Eigentümers gekommenen Papiers wird die ursprüngliche Forderung mit der Hypothek übertragen. Das Zusammentreffen von Forderung und Schuld, von Eigentum und Hypothek in einer Hand hat also in diesem Falle gar keinen Einfluß auf die rechtliche Natur der Forderung und der Hypothek. Das Erlöschen der Forderung und damit das Entstehen der Eigentümerhypothek (als Grundschuld) tritt erst ein, wenn der Aussteller das Papier vernichtet oder wenn die Forderung durch Ablauf der im § 801 genannten Frist erlischt. Eine solche Eigentümerhypothek liegt auch vor, solange der Grundstückseigentümer das noch nicht in Verkehr gebrachte Order- oder Inhaberpapier in Händen hat. Zur Gläubigerhypothek wird sie erst, wenn das Papier mit oder wider den Willen des Ausstellers in den Verkehr gebracht wird[20]).

§ 5. Die Belastung der Wertpapierhypothek mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht.

Wie die Übertragung erfolgt auch die Belastung der Wertpapierhypothek mit einem Nießbrauch oder einem

---

[19]) So auch: Planck III S. 704; Endemann S. 871, Anm. 22; Staudinger III S. 943; Hachenburg (Beiträge) S. 179/180, (Vorträge) S. 606; Turnau-Förster S. 1006; Kretschmar S. 569; a. M. Biermann S. 603.

[20]) Vgl. dieselben Schriftsteller wie Anm. 19; außer Hachenburg, der Vorträge S. 606 annimmt, daß die Gläubigerhypothek mittels Eintragung im Grundbuch entsteht.

Pfandrecht außerhalb des Grundbuchs mit der Belastung des Inhaber- oder Orderpapiers.

Die Bestellung des Nießbrauchs an dem hypothekarisch gesicherten Inhaber- oder Orderpapier folgt gemäß § 1069 BGB. den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften. Denn der Nießbrauch an Inhaberpapieren und Orderpapieren ist trotz der Verkörperung des Rechts in dem Papier Rechtsnießbrauch, nicht Sachnießbrauch. Mit dem Nießbrauch am Forderungsrecht entsteht der Nießbrauch an der Hypothek. Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek nicht ohne die Forderung vernießbraucht werden[21]). Das folgt schon aus der akzessorischen Natur der Sicherungshypothek.

Eine besondere Bestimmung für die Inhaberpapiere und die in blanco indossierten Orderpapiere schafft der § 1081 BGB. Da zur Übertragung eines Rechtes dieser Art die Übergabe des Papiers erforderlich ist, so würde sie nach § 1069 auch zur Bestellung des Nießbrauchs erforderlich sein. Statt dessen soll aber gemäß § 1081 Abs. 2 die Einräumung des Mitbesitzes genügen. Für die nicht in blanco indossierten Orderpapiere gilt diese Sondervorschrift nicht. Zur Bestellung des Nießbrauchs an ihnen gehört die Übergabe des auf den Nießbraucher indossierten Papieres (sog. Nießbrauchsindossament). Eine Eintragung des Nießbrauchs im Grundbuch ist nicht erforderlich.

Die Pfändung der Forderung aus einem Inhaberpapier (§ 808 ZPO.) oder aus einem Orderpapier (§ 831 ZPO.) und somit auch der für sie bestellten Sicherungshypothek geschieht durch Besitzergreifung des Wertpapiers seitens des Gerichtsvollziehers. Damit ist die Pfändung vollendet. Die Eintragung ins Grundbuch ist nicht er-

---

[21]) Fuchs I S. 329.

forderlich. Nach § 821 ZPO. geschieht die Verwertung der gepfändeten Inhaberpapiere durch Verkauf vom Gerichtsvollzieher aus freier Hand zum Tageskurse oder, wenn sie einen solchen Preis nicht haben, durch Versteigerung nach den allgemeinen Bestimmungen. Handelt es sich um ein Orderpapier, so kann nach § 822 ZPO. der Gerichtsvollzieher durch das Vollstreckungsgericht ermächtigt werden, die Umschreibung auf den Namen des Käufers zu erwirken und die hierzu erforderlichen Erklärungen, insbesondere das Indossament an Stelle des Schuldners abzugeben. Die indossablen Papiere werden überwiesen und ausgehändigt, entweder zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwert (vgl. § 835 ZPO., auch Abs. 2).

Ebenso folgt auch die Verpfändung der Wertpapierhypothek den Vorschriften über die Verpfändung des Wertpapiers. Es bedarf also keiner Eintragung ins Grundbuch, sondern es genügt vielmehr Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers über das Pfandrecht und Übergabe des betreffenden Wertpapiers, bei Orderpapieren mit dem entsprechenden Indossament (vgl. §§ 1292 bis 1296 BGB.).

In allen diesen Fällen ist Eintragung im Grundbuch demnach nur Grundbuchberichtigung.

D. § 6. Die Ausschließung des unbekannten Gläubigers, insbesondere die Vorschrift des § 1188 Abs. 2. BGB.

Die Ausschließung des unbekannten Hypothekengläubigers mit seinem Recht gemäß § 1170 BGB. ist bei der Inhaberpapierhypothek durch § 1188 Abs. 2 besonders geregelt. Während der § 1170 den Ablauf einer zehnjährigen Frist seit der letzten sich auf die Hypothek be-

ziehenden Eintragung in das Grundbuch oder seit dem Ablauf des Zahlungstages fordert, darf der unbekannte Gläubiger einer Inhaberpapierhypothek im Wege des Aufgebotsverfahrens erst ausgeschlossen werden, wenn dreißig Jahre seit dem Eintritte der für die Leistung bestimmten Zeit verstrichen sind, ohne daß vor dem Ablauf dieser Frist die Urkunde dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt oder der Anspruch aus der Urkunde gerichtlich geltend gemacht worden ist. Wenn dagegen die Vorlage oder die gerichtliche Geltendmachung erfolgt ist, so verlängert sich die dreißigjährige Präklusivfrist um die zweijährige Verjährungsfrist; eine Unterbrechung der Verjährung innerhalb der letzteren Frist hindert deren Ablauf und steht daher dem Aufgebot entgegen (§ 801 BGB.). Die Dauer und der Beginn der Vorlegungsfrist können von dem Aussteller in der Urkunde anders bestimmt sein, ebenso kann dort die Verjährungsfrist gemäß § 225 BGB. abgekürzt werden. Nach § 986 Abs. 2 u. 3 ZPO. hat der Antragsteller glaubhaft zu machen, daß der Gläubiger unbekannt ist, und daß die Schuldverschreibung bis zum Ablauf der Vorlegungsfrist nicht vorgelegt, auch der Anspruch nicht gerichtlich geltend gemacht ist. Ist die Vorlegung oder die gerichtliche Geltendmachung erfolgt, so hat er glaubhaft zu machen, daß keine das Aufgebot ausschließende Anerkennung des Rechts des Gläubigers erfolgt ist. Zur Glaubhaftmachung genügt die Versicherung des Antragstellers an Eidesstatt, unbeschadet der Befugnis des Gerichts, anderweitige Ermittlungen anzuordnen.

In der Praxis wird diese Sondervorschrift des § 1188 Abs. 2 wie überhaupt das Aufgebotsverfahren kaum vorkommen. Denn die Beteiligten werden meistens durch Aufnahme in die Anleihebedingungen die Bestimmung treffen, daß der Eigentümer befugt sein soll, die Löschung der Hypothek zu verlangen, wenn die Wertpapiere nicht

innerhalb einer bestimmten Zeit zur Zahlung vorgelegt sind. Der nach § 1189 bestellte Treuhänder hat alsdann die Löschung zu bewilligen[22]).

Die Vorschrift des § 1188 Abs. 2, die sich der akzessorischen Natur der Wertpapierhypothek entsprechend ganz den Vorschriften über den Ausschluß eines Gläubigers mit seinem Recht aus dem Papier anpaßt, gilt nur für die Inhaberpapierhypothek. Der Gläubiger einer Orderpapierhypothek wird gemäß § 1170 BGB. nach zehn Jahren mit seinem Recht ausgeschlossen. Auch das Aufgebotsverfahren nach § 1171 BGB. ist zulässig.

E. Der Treuhänder des § 1189 BGB.

I. § 7. Entwicklung und Zweck des Treuhänderamts.

Die Regelung der hypothekarischen Sicherung der Forderungen aus Inhaber- und Orderpapieren machte es notwendig, auch das Institut des Treuhänders, das sich in der Praxis ausgebildet hatte, in die Reichsgesetzgebung zu übernehmen. Bei der Aufnahme von größeren Anleihen werden gewöhnlich Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber oder an Order ausgegeben. Daher sind sehr viele Gläubiger vorhanden, deren Namen aus dem Grundbuch, in dem die Sicherungshypothek eingetragen ist, regelmäßig nicht ersichtlich sein werden. Dem Grundstückseigentümer würde es ohne besondere gesetzliche Bestimmungen schwer und oft unmöglich sein, irgendwelche Verfügungen über das Grundstück zu treffen, welche der Zustimmung der Gläubiger bedürfen. Denn er müßte sich an sämtliche Gläubiger wenden, die ihm meistens dem Namen nach nicht bekannt sind, und die sehr oft nicht in der Lage sein werden, dem Grundbuchamte die erforder-

---

[22]) Vgl. Protokolle III S. 672.

liche Legitimation zu erbringen. Aus diesem letzten Grunde werden andererseits auch die Gläubiger vielfach bei den von ihnen beabsichtigten Rechtshandlungen mit Schwierigkeiten zu kämpfen haben. Um diese Schwierigkeiten zu vermeiden, hat das BGB. im § 1189 den schon längst in der Praxis bewährten „Treuhänder" anerkannt.

Ein Unterschied aber besteht gegen früher. Nach der von der preußischen Praxis gebilligten Rechtsanschauung blieb das die Anleihe vermittelnde Bankhaus auch nach der Weiterbegebung der Schuldverschreibungen grundbuchmäßig als Gläubiger der ganzen Hypothek legitimiert. Die Befugnis zu Verfügungen über die Hypothek und auch zur Geltendmachung des dinglichen Rechts stand nur dem Bankhause als grundbuchmäßigem Gläubiger und nicht den einzelnen Schuldverschreibungsgläubigern zu; denn über ein im Grundbuch eingetragenes Recht kann nur der als berechtigt Eingetragene verfügen und eine Eintragung für „die Inhaber der Schuldverschreibungen" konnte nach altem Grundbuchrecht nicht erfolgen. So blieb das Verfügungsrecht über die Hypothek als Residuum in den Händen des emittierenden Bankhauses, nachdem es die einzelnen Schuldverschreibungen in den Verkehr gebracht hatte[23]). Nach außen hin war das Bankhaus allein verfügungsberechtigt über die Hypothek und nur im Innenverhältnis war es den einzelnen Schuldverschreibungsgläubigern zur ordnungsmäßigen und den Interessen der Gläubiger gerecht werdenden Ausübung seiner Rechte obligatorisch verpflichtet. In den meisten Fällen wurde die Vertretungsbefugnis noch besonders in den Anleihebedingungen hervorgehoben.

Nach heutigem Recht dagegen sind die einzelnen Schuldverschreibungsgläubiger, wie oben gezeigt, in Höhe

---

[23]) Vgl. Hachenburg, Beiträge S. 754 ff.; Wittkamp S. 7 ff.

ihrer Wertpapierforderung auch an der Hypothek dinglich berechtigt. Das Bankhaus bleibt nach Emission der Wertpapiere nicht Gläubiger der ganzen Hypothek und ist infolgedessen auch nicht ohne weiteres verfügungsberechtigt über die Hypothek. Um auch die späteren Gläubiger der einzelnen Schuldverschreibungen in bezug auf die Hypothek vertreten zu können, muß das Bankhaus oder der sonstige Treuhänder zum Vertreter gemäß § 1189 BGB. bestellt werden und auch als Vertreter ins Grundbuch eingetragen werden. Neben ihm sind, wenn dies nicht besonders ausgeschlossen ist, auch noch die einzelnen Gläubiger zu Verfügungen über die Hypothek berechtigt.

Man kann diesen Vertreter des § 1189 BGB. — in Übereinstimmung mit der Kommission und einem großen Teil der Literatur — unter Berücksichtigung seiner geschichtlichen Entwicklung als „Treuhänder" bezeichnen, ohne daß durch diese Bezeichnung seine Rechtsnatur und damit seine Rechtsstellung in allen Einzelheiten festgelegt wäre.

Neben diesem Treuhänder kommen noch andere Vertreter der Wertpapiergläubiger vor, so zunächst der „Vertragsvertreter", wie er von Riesser und anderen Schriftstellern bezeichnet wird[24]), dessen Bestellung „auf Grund einer bei der Ausgabe der Schuldverschreibungen in verbindlicher Weise getroffenen Festsetzung erfolgt" — § 16 Abs. 1 SchVG. —.

Wenn eine größere Anzahl von Teilschuldverschreibungen gebildet ist, kommt als dritte Vertreterart noch der „Gläubigervertreter" hinzu, d. h. der Vertreter der Gläubigerversammlung nach dem Gesetz vom 4. Dezember 1899 betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen. Das Verhältnis dieser drei Vertreter

---

[24]) Riesser a. a. O. S. 60 f.; Wittkamp S. 30 f.; Könige S. 73.

zu einander wird an einer späteren Stelle dieser Abhandlung erörtert werden — vgl. § 15 —.

II. § 8. Die Bestellung des Treuhänders.

Nach § 1189 BGB. kann bei einer Wertpapierhypothek für den jeweiligen Gläubiger ein Vertreter bestellt werden. Die Bestellung des Treuhänders ist also fakultativ. Ein bei der Beratung der 2. Kommission gestellter Antrag[25]), die Eintragung einer Wertpapierhypothek von der Bestellung eines Treuhänders abhängig zu machen, wurde abgelehnt, da die Beteiligten schon im eigenen Interesse die Bestellung des Treuhänders veranlassen würden. Dies wird auch tatsächlich der Fall sein, da ohne die Bestellung des Treuhänders der Rechtsverkehr des Eigentümers und der Gläubiger aus den im vorigen Paragraphen angeführten Gründen große Schwierigkeiten bietet. Bei der Inhaberpapierhypothek kann der Staat einen indirekten Zwang dadurch ausüben, daß er seine nach § 795 BGB. erforderliche Genehmigung von der Bestellung eines Treuhänders abhängig macht.

In der Praxis wird als Treuhänder meistens ein Bankhaus oder ein ähnliches Institut — z. B. eine Revision- oder Treuhandgesellschaft — bestellt, dessen Sachkenntnis und Ruf eine gewisse Gewähr für die ordentliche Wahrnehmung der Interessen sämtlicher Vertretenen bieten. Besondere juristische Voraussetzungen, wie sie z. B. die §§ 1780, 1915, 2201 BGB. für den Vormund, Pfleger und Testamentsvollstrecker aufstellen, werden für den Treuhänder des § 1189 nicht verlangt. Eine analoge Anwendung obiger Paragraphen auf die Person des Treuhänders ist nicht angängig[26]). Es kommen vielmehr die allge-

[25]) Protokolle III S. 676.

[26]) Biermann S. 606; Turnau-Förster S. 1010; Oberneck

meinen Regeln zur Anwendung. Hiernach ist es gemäß § 165 BGB. möglich, daß eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person zum Treuhänder bestellt wird, wenn dies auch in der Praxis sehr selten vorkommen wird. Unzulässig ist es dagegen, daß ein Geschäftsunfähiger zum Treuhänder bestellt wird, da gemäß § 105 BGB. seine Willenserklärung nichtig und gemäß § 131 BGB. auch eine ihm gegenüber abgegebenen empfangsbedürftige Willenserklärung unwirksam sein würde. Auch eine juristische Person kann Treuhänder sein. In der Praxis wird dies die Regel bilden, schon mit Rücksicht darauf, daß eine juristische Person den Wechselfällen des Lebens weit weniger unterworfen ist als der Mensch, so daß sich ein Wechsel in der Person des Treuhänders auf diese Weise in den meisten Fällen wird vermeiden lassen. Es haben sich auch schon mehrere deutsche Aktiengesellschaften gebildet, die „Treuhandgeschäfte jeder Art" gewerbsmäßig übernehmen, so z. B. die deutsche Treuhandgesellschaft Berlin und die Aktiengesellschaft Treuhandvereinigung Berlin.

Bedenken könnten gegen die Bestellung einer offenen Handelsgesellschaft, der die Wissenschaft und auch die Praxis die Rechtspersönlichkeit abspricht, geltend gemacht werden[27]). M. E. ist aber bei der offenen Handelsgesellschaft kein Grund vorhanden, ihr die Fähigkeit, Treuhänder gemäß § 1189 zu werden, abzusprechen. Schon der § 124 HGB. läßt ihre Stellung der einer juristischen Person sehr verwandt erscheinen; sie kann unter ihrer Firma Rechte und Pflichten erwerben und im Prozeß wahrnehmen; ihr müssen daher auch die mit dem Vertreteramt verbundenen Rechte und Pflichten übertragen werden können[28]). Un-

S. 974; Romeiß S. 11; Planck III S. 708 u. a.; vgl. insbesondere auch die Ausführungen Wittkamps S. 55 ff.

[27]) So Endemann S. 874.

[28]) Vgl. Wittkamp S. 53; Paul Müller S. 12; Predari S. 629.

zulässig dürfte es dagegen aus verschiedenen naheliegenden Gründen sein, eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder einen nicht rechtsfähigen Verein zum Treuhänder zu bestellen.

Keine Bedenken bestehen gegen die Bestellung eines Gläubigers[29]), z. B. des ersten Gläubigers, des emittierenden Bankhauses, zum Treuhänder, was in der Praxis sehr oft vorkommt. Hierdurch wird häufig eine besonders sorgfältige Prüfung der Vorgänge bei Ausgabe der Papiere gewährleistet. Wird ein Gläubiger zum Treuhänder bestellt, so vereinigt er zwei Wesen in einer Person. Er muß schon als Treuhänder handeln, auch wenn er noch der einzige Gläubiger ist, und ist wegen der von ihm als Treuhänder begangenen Pflichtwidrigkeiten den späteren Gläubigern verantwortlich.

Über die Form der Bestellung des Treuhänders enthält das BGB. nur die Vorschrift, daß zu der Bestellung die Eintragung ins Grundbuch erforderlich ist (§ 1189 Abs. 1 Satz 2). Daraus geht hervor, daß die Bestellung des Treuhänders zum Inhalte der Hypothek gehört und den Vorschriften über die Bestellung der Sicherungshypothek unterliegt. Die Eintragung ins Grundbuch ist nicht nur ein Akt, der die Bestellung offenkundig machen soll, sondern ein wesentliches Erfordernis. Durch sie wird die Bestellung des Treuhänders erst vollendet, sie hat konstitutive Wirkung. Ist das Amt des Treuhänders einmal durch die Eintragung geschaffen, so besteht es weiter als eine unzertrennliche und stetig fortwirkende Beigabe der Hypothek selbst[30]). Für die Eintragung gelten die allgemeinen Vorschriften der GBO. Über den Inhalt der Eintragung geht die herrschende Meinung dahin, daß

---

[29]) Planck III S. 708; Biermann S. 606.

[30]) Vgl. Staudinger III S. 948.

wenigstens der Name des Treuhänders eingetragen werden muß[31]). Im übrigen kann bezüglich der einzelnen Befugnisse des Treuhänders, seiner Abberufung, Ersetzung usw. auf die Eintragungsbewilligung gemäß § 874 BGB. Bezug genommen werden[32]). Die Eintragung des Treuhänders ist auf sämtlichen Schuldverschreibungsurkunden zu vermerken — vgl. oben S. 17, 18.

Neben der Eintragung muß in materiell-rechtlicher Beziehung grundsätzlich Einigung zwischen dem Eigentümer und dem jeweiligen Gläubiger gemäß § 873 BGB. gefordert werden. Es greift aber auch hier die Ausnahme des § 1188 Abs. 1 Platz, daß es bei einer Hypothek für ein Inhaberpapier der Einigung nicht bedarf, sondern daß bei ihr auch in materieller Beziehung außer der Eintragung die einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte genügt. Bei den Hypotheken für Orderpapiere gilt jedoch diese Ausnahme nicht, sondern es bedarf materiell-rechtlich der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem ersten Gläubiger, die schon in der Annahme des mit einem entsprechenden Vermerk versehenen Papiers erblickt werden kann, während formell gemäß § 19 GBO. die Bewilligung des Eigentümers zur Eintragung genügt[33]).

Dies gilt aber nur, wenn die Bestellung des Treuhänders *bei* der Begründung der Hypothek erfolgt. Erhebliche Schwierigkeiten entstehen bei der *nachträglichen* Bestellung eines Treuhänders, sowie einer Änderung in der Person des Treuhänders, wenn die Wertpapiere schon

---

[31]) Oberneck S. 975; Güthe I S. 806; Planck III S. 709; Turnau-Förster I S. 1009; Predari S. 629; RGR. II S. 471; Endemann II, 1 S. 874; Staudinger III S. 948; Paul Müller S. 13; a. M. nur Fuchs I S. 613.

[32]) Wie bei Anm. 31.

[33]) So Planck III S. 709; Steimer S. 18.

ausgegeben sind und sich die einzelnen jetzigen Gläubiger nur schwer ermitteln lassen. Nach herrschender Ansicht ist zu der nachträglichen Eintragung eines Treuhänders sowohl bei der Inhaberpapier- wie bei der Orderpapierhypothek die Bewilligung des Eigentümers und des Hypothekengläubigers erforderlich, und zwar müssen Eintragungsbewilligung und die zur Einigung erforderliche Erklärung des Hypothekengläubigers, wenn es sich um Teilschuldverschreibungen handelt, von sämtlichen derzeitigen Gläubigern erklärt werden[34]). Dies erscheint aus folgenden Gründen erforderlich. Die nachträgliche Bestellung eines Treuhänders ist eine Änderung des Inhalts der Hypothek, zu der nach den Bestimmungen der §§ 873, 877 stets die Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger notwendig ist. Von dieser Inhaltsänderung werden sowohl der Eigentümer wie die Gläubiger betroffen, beide deshalb, weil neben und unabhängig vom Willen der Gläubiger der Treuhänder zur Verfügung über die Hypothek berechtigt wird und er dem Eigentümer gegenüber zur Vornahme gewisser Verfügungen (§ 1189 Abs. 2) verpflichtet ist. Allgemein anerkannt ist auch, daß hier wie bei allen Eintragungen gemäß § 44 GBO. die Bestellung des Treuhänders auf sämtlichen vorzulegenden Wertpapierurkunden zu vermerken sein würde, was mit ganz erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist und die nachträgliche Bestellung eines Treuhänders praktisch ausschließen dürfte.

Folgen möchte ich der Entscheidung des Kammergerichts in KGJ. 45 A S. 279 dahin, daß dieselben Vor-

---

[34]) So: Planck III S. 709; Biermann S. 607; Staudinger III S. 948; Neumann I S. 968; Güthe S. 1773; Predari, GBO. § 43 Anm. 3; Fuchs S. 613; Oberneck S. 974; Turnau-Förster S. 1010; Otte S. 11; Steimer S. 19; Hengstberger S. 52; KGJ. 30 A. S. 287 und neuerdings 45 A. S. 276 ff.

aussetzungen auch erforderlich sind, wenn es sich darum handelt, daß an Stelle eines schon vorhandenen Treuhänders ein neuer treten soll. Denn jeder Gläubiger hat an der Persönlichkeit, insbesondere der Vertrauenswürdigkeit und der Kreditfähigkeit dessen, der neben ihm zur Verfügung über die Hypothek befugt sein soll, ein berechtigtes Interesse.

Hierbei handelt es sich noch um die Frage, ob die Einwilligung sämtlicher Gläubiger ersetzt werden kann durch einen Mehrheitsbeschluß der Gläubigerversammlung gemäß § 14 des Schuldverschreibungsgesetzes vom 4. Dezember 1898. Allgemein und zwar mit Recht verneint wird diese Frage für den Fall, daß ein Treuhänder nachträglich bestellt werden soll[35]). Gegen die obige Entscheidung des Kammergerichts für den Fall, daß nur ein neuer Vertreter an Stelle eines weggefallenen ernannt werden soll, wendet sich hauptsächlich Engelhard in ZBlFG. 11 S. 291 ff. und neuerdings auch Harnier in JW. 42 (1913) S. 1021. Beide geben zu, daß der Beschluß des Kammergerichts bei strenger Auslegung dem Gesetze entspricht, die Tragweite des Beschlusses sei aber für die Praxis eine solche, daß damit im Verkehr einfach nicht auszukommen sei; der Beschluß stelle sich dar als eine Überspannung formeller Bedenken. Die Möglichkeit, daß ein Pfandhalter (Treuhänder) über die Hypothek verfüge, gehöre bereits zum Inhalt der Hypothek und werde nicht durch den Gläubigerversammlungsbeschluß geschaffen. Durch den Wechsel in der Person des Pfandhalters werde das Hypothekenrecht der Gläubiger nicht berührt. Die Einschränkung dieses Rechtes durch die Pfandhalterschaft sei genau so groß, wenn A., wie wenn B. Pfandhalter sei. In dem

---

[35]) KGJ. 45 A. S. 279 ff.; Biermann S. 607; Engelhard in ZBlFG. 11 S. 291 ff.

Beschlusse, daß der Pfandhalter A. durch B. abgelöst werden solle, könne also keine eventuelle „Aufgabe oder Beschränkung" des Hypothekenrechts (§ 11 SchVG.) erblickt werden[36]). In Schwierigkeiten kommt Engelhard bei der Frage, ob die Vorlegung sämtlicher Urkunden und der Vermerk der Eintragung auf denselben gemäß § 44 GBO. erforderlich ist. In konsequenter Durchfechtung seines Standpunktes verneint er diese Frage, da ja dieses Erfordernis die bezweckte Vereinfachung illusorisch machen würde[37]). Seinen Gründen kann ich gemäß meinen Ausführungen S. 17 ff., 36, 37 nicht folgen und komme schon so zu einer Verwerfung der Engelhardschen Ausführungen[38]). Im übrigen besteht aber auch meiner Ansicht nach nicht die große Notlage, in die der Verkehr durch obige Entscheidung des Kammergerichts gekommen sein soll. Der Eigentümer kann vor Ausgabe der Schuldverschreibungen seine Lage vollständig übersehen, er kann rechtzeitig vor der Ausgabe einen Treuhänder bestellen und kann bei sorgfältiger Aufstellung der Emissionsbedingungen bei Begründung der Hypothek für den Fall der Bestellung eines neuen Treuhänders derartig Vorsorge treffen, daß sich die Änderung in der Person des Treuhänders ohne die geringsten Schwierigkeiten vollziehen läßt. Unter diesen Umständen von dem formell und materiell richtigen Standpunkt des Kammergerichts abzuweichen, nur um den nicht genügend sorgfältig vorgegangenen Eigentümer entgegenzukommen, liegt m. E. kein Grund vor.

---

[36]) Vgl. Engelhard a. a. O. S. 292 unten.

[37]) Engelhard a. a. O. S. 296.

[38]) Vgl. Biermann S. 607, der Engelhard teilweise zustimmt, die Vorlegung der Urkunde aber verlangt; ferner KGJ. 43 A. S. 308, wo sich das Kammergericht gerade gegen diese Ausführungen Engelhards wendet.

Aber auch die Gläubiger werden durch die betreffende Entscheidung in keiner Weise benachteiligt. Ihnen ist gemäß § 14 ff. SchVG. die Möglichkeit gegeben, zur Wahrnehmung ihrer gemeinsamen Interessen einen Vertreter zu bestellen, der infolge der ihm beigelegten weitgehenden Befugnisse — Vergleich zwischen seiner Rechtsstellung und der des Treuhänders gemäß § 1189 BGB. unten § 15 — vollständig den Forderungen und Wünschen der Gläubiger genügt, so daß sie an der Bestellung eines neuen Treuhänders kein überwiegendes Interesse haben.

Ob die Ausführungen Engelhards und Harniers de lege ferenda als wünschenswert zu beachten sind, mag dahingestellt bleiben, für das geltende Recht kann man ihnen jedenfalls nicht folgen. Vom praktischen Standpunkte aus ist es jetzt das beste, wenn die Beteiligten bei der Bestellung des Treuhänders in der Eintragungsbewilligung, auf die regelmäßig Bezug genommen werden wird, für das Ausscheiden des Treuhänders durch Tod oder aus anderen Gründen Bestimmungen treffen dahingehend, daß eine bestimmte andere Person an seine Stelle trete, oder daß dem Gericht die Ernennung des Treuhänders übertragen werde oder daß der Eigentümer[39]) einen neuen Treuhänder aus einem bestimmten Personenkreis ernennen soll.

Es fragt sich, ob zur Entstehung der Rechtsstellung des Treuhänders der dingliche Bestellungsakt, also Einigung und Eintragung, ausreichen oder ob es noch einer Annahme des Amtes seitens des Treuhänders bedarf. Da anders als bei der Vormundschaft eine allgemeine staatsbürgerliche Verpflichtung zur Amtsübernahme bei der

---

[39]) Dies letzte hält Hachenburg, Beiträge S. 171, im Interesse eines vertrauenswürdigen Verkehrs nicht für empfehlenswert; ebenso wohl mit Recht Staudinger S. 948.

Treuhänderschaft nicht besteht[40]), da andererseits aus letzterer nicht nur Rechte, sondern auch (vgl. z. B. § 1189 Abs. 2) Pflichten erwachsen, so kann niemand ohne oder gegen seinen Willen Treuhänder werden. Die Rechtsstellung entsteht danach erst mit der, sei es auch nur durch konkludente Handlung abgegebenen Erklärung des Betreffenden, daß er das Amt eines Treuhänders übernehme. Möglich ist natürlich, daß er zu solcher Übernahme kraft eines voraufgegangenen obligationsrechtlichen Vertrags sei es dem Eigentümer, sei es dem Gläubiger gegenüber verpflichtet ist. Aber solchenfalls würde die Weigerung der Übernahme, wennschon sie eine Vertragswidrigkeit bedeutete, die Treuhänderstellung nicht zur Entstehung kommen lassen.

III. § 9. Das Erlöschen des Treuhänderamts.

Wie den bei einer Hypothek Beteiligten das Recht zusteht, im Wege der Vereinbarung den Inhalt der Hypothek zu bestimmen, so sind sie berechtigt, auf diesem Wege die Stellung des Treuhänders zu beenden. Zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung der Stellung des Treuhänders bedarf es gemäß §§ 873, 877 BGB. der Einigung zwischen dem Eigentümer und den sämtlichen[41]) Gläubigern der Hypothek. Eine einseitige Abberufung durch Eigentümer oder Gläubiger ist grundsätzlich ausgeschlossen. Nicht erforderlich ist die Zustimmung des Treuhänders selbst, weil dieser weder ein Recht am Grundstück noch an der Hypothek besitzt und daher nicht Passivbeteiligter bei der Löschung der Hypothek ist[42]). Aber nicht schon

---

[40]) Fuchs I S. 614; Planck III S. 708; Steimer S. 17.

[41]) Ebenso Staudinger III S. 948; Turnau-Förster S. 1011; Biermann S. 611; Wittkamp S. 57; Paul Müller S. 18.

[42]) Ebenso Biermann S. 611; Wittkamp S. 57; Paul Müller S. 18; abweichend Predari S. 630.

durch diese rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen Eigentümer und Gläubiger erlischt die Treuhänderschaft, sondern hinzukommen muß die Eintragung ins Grundbuch, die auch hier konstitutive Wirkung hat. Erst sie beendigt das Amt des Treuhänders. Mag der Treuhänder im Innenverhältnis zu dem Eigentümer und den Gläubigern verpflichtet sein, seine Vertretertätigkeit einzustellen, nach außen bleibt er Treuhänder und zur Ausübung seines Amtes befugt, bis dieses im Grundbuch gelöscht ist[43]).

Auch hier ist gemäß § 44 GBO. Vorlegung sämtlicher Schuldverschreibungen erforderlich, so daß sich praktisch eine rechtsgeschäftliche Aufhebung des Treuhänderamts nur schwer durchführen lassen wird, wenn nicht bei der Bestellung des Treuhänders Bestimmungen hierfür getroffen sind. So kann z. B. dem Treuhänder die Befugnis eingeräumt sein, selbst die Löschung im Grundbuch zu beantragen, so daß die Vorlegung gemäß §§ 44 Abs. 2 GBO. nicht erforderlich wäre.

Neben dieser rechtsgeschäftlichen Aufhebung gibt es auch eine Abberufung des Treuhänders durch das Gericht gemäß § 16 Abs. 3 SchVG. Dieser Paragraph bestimmt, daß auf Antrag von Gläubigern, deren Schuldverschreibungen zusammen den fünften Teil des Gesamtbetrages der im Umlaufe befindlichen Schuldverschreibungen erreichen, das Gericht den Treuhänder abberufen kann, falls ein wichtiger Grund vorliegt. Die Zuständigkeit des Amtsgerichts bestimmt sich nach § 4 SchVG. Vor Erlaß der betreffenden Verfügung sollen der Treuhänder und der Schuldner gehört werden. Gegen diese Verfügung ist die sofortige Beschwerde gegeben, zu deren Einlegung auch der Treuhänder legitimiert ist[44]). Die Eintragung der

---

[43]) So auch die herrschende Meinung; a. M. Turnau-Förster S. 1011, 1012.

[44]) Vgl. Wittkamp S. 60.

gerichtlichen Abberufung ist im Gegensatz zu der Eintragung der rechtsgeschäftlichen Abberufung nur Grundbuchberichtigung[45]). Der rechtskräftige Abberufungsbeschluß beendet die Treuhänderstellung[46]). Der Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs kann gemäß § 13 GBO. nur vom Eigentümer oder von den Gläubigern gestellt werden. Der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuches nach § 22 GBO. wird geführt durch Vorlegung des die Abberufung des Treuhänders verfügenden Gerichtsbeschlusses, dessen Rechtskraft nachzuweisen ist.

Zweifelhaft ist die Frage, ob das Erlöschen des der Treuhänderbestellung zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsverhältnisses ohne weiteres die Stellung des Treuhänders zum Erlöschen bringt, m. a. W. ob eine analoge Anwendung des § 168 BGB. geboten ist[47]). Meiner Ansicht nach ist diese Frage zu verneinen. Die Rechtsstellung des Treuhänders ist, wie sich aus dem oben über die Bestellung des Treuhänders Gesagten ergibt, von dem der Bestellung zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsverhältnisse vollständig losgelöst. Wie die Rechtsstellung des Treuhänders nicht schon durch Abschluß eines auf die Vertretung gerichteten obligatorischen Rechtsgeschäfts, z. B. eines Auftrages oder eines Dienstvertrages, entsteht, so kann sie auch nicht erlöschen durch Wegfall des obligatorischen Rechtsgeschäfts, des Auftrags oder des Dienstvertrags. Wohl kann durch Erlöschen des obligatorischen Rechtsgeschäfts im Innenverhältnis zwischen dem Eigen-

---

[45]) Vgl. Wittkamp S. 60; Paul Müller S. 21; Predari S. 630.

[46]) Turnau-Förster S. 1014; Predari S. 630; abweichend Fuchs S. 640.

[47]) Für Bejahung der Frage: Planck III S. 710; Biermann S. 610; Turnau-Förster S. 1012; Fuchs S. 614; Steimer S. 20, 21; für Verneinung der Frage: Otte S. 41; Predari S. 630; Paul Müller S. 19.

tümer und den Gläubigern einerseits und dem Treuhänder andererseits für letzteren die Verpflichtung entstehen, seine Treuhänderstellung nicht weiter auszuüben, ja er kann sich durch die weitere Ausübung schadenersatzpflichtig machen; aber nach außen ist und bleibt er Treuhänder.

Hingegen muß nach dem, was wir vorhin über die Entstehung der Treuhänderschaft sagten, das Amt durch freiwillige Niederlegung seitens des Treuhänders erlöschen — vorbehaltlich der aus der noch fortbestehenden Eintragung im Grundbuch sich für gutgläubige Dritte ergebenden Wirkungen.

Selbstverständlich ist, daß die Treuhänderschaft mit dem Wegfall des einzelnen Treuhänders erlischt. Stirbt der Treuhänder, erlischt die Rechtspersönlichkeit der betreffenden juristischen Person, wird die offene Handelsgesellschaft aufgelöst, so ist eben kein Vertreter mehr da. Der Eintragung des Erlöschens im Grundbuch bedarf es dann nicht; erfolgt die Eintragung, so ist sie Berichtigung des Grundbuchs. Bestimmt sein kann in der Eintragungsbewilligung, auf die bei der Eintragung der Bestellung des Treuhänders Bezug genommen ist, daß der Erbe, der z. B. als Rechtsnachfolger in das von dem Treuhänder betriebene Bankgeschäft eintritt, auch die Stellung des Treuhänders einnehmen soll.

Das gleiche wie beim Tode muß beim Eintritt der Geschäftsunfähigkeit gelten[48]). Beschränkung der Geschäftsfähigkeit oder Konkurseröffnung über das Vermögen

---

[48]) So auch die herrschende Ansicht, vgl. Staudinger III S. 948; Turnau-Förster S. 1012; Fuchs S. 614; Predari S. 630; a. M. Biermann S. 611; Wittkamp S. 56; Könige S. 74, nach denen Eintritt der Geschäftsunfähigkeit nur einen Grund zur gerichtlichen Abberufung des Treuhänders gemäß § 16 Abs. 3 SchVG. bildet.

des Treuhänders werden aber nur einen Abberufungsgrund nach § 16 SchVG. bilden.

IV. Die Rechte und Pflichten des Treuhänders.

§ 10. Allgemeines über die Rechte des Treuhänders.

Durch den dinglichen Bestellungsakt (siehe oben § 8) wird die Rechtsmacht des Treuhänders begründet; er ist das Fundament für das rechtswirksame Handeln des Treuhänders. Um aber auf dieser Grundlage ein Handeln des Treuhänders zu ermöglichen, um seiner Rechtsmacht den erforderlichen speziellen Inhalt zu geben, muß noch eine Befugniserteilung durch die Besteller hinzukommen. Denn das Gesetz selbst umgrenzt die Rechtsmacht des Treuhänders nicht. Das BGB. hat in dem § 1189 nur einen Rahmen geschaffen, innerhalb dessen sich die dem Treuhänder zu gewährende Befugnis halten muß[49]). Nach § 1189 BGB. kann der Treuhänder mit der Befugnis bestellt werden, mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten. Wieweit innerhalb dieses Rahmens die Befugnisse des Treuhänders gehen sollen, das festzustellen ist Sache der Beteiligten[50]).

Diese Feststellung der Befugnisse des Treuhänders, diese Befugniserteilung unterliegt den gleichen Vorschriften wie die Bestellung des Treuhänders. Regelmäßig wird die Befugniserteilung gleichzeitig mit der Bestellung des

---

[49]) Otte S. 15.

[50]) So ganz allgemein die herrschende Ansicht, vgl. auch insbesondere Protokolle III S. 376, wo es heißt: im Gesetz werde nur ein Spielraum für die Befugnisse des Treuhänders geschaffen, innerhalb dessen die Praxis, dem Bedürfnis entsprechend die Grenzen enger und weiter zu ziehen vermöge.

Treuhänders erfolgen. Es genügt dann Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Eine spätere Befugniserteilung und ebenso eine Änderung der Befugnisse ist als Änderung des Inhalts der Hypothek anzusehen und bedarf daher gemäß §§ 873, 877 der Einigung des Eigentümers mit sämtlichen derzeitigen Gläubigern und der Eintragung ins Grundbuch.

Zwischen Verfügung und Geltendmachung besteht kein innerer Gegensatz. Unter Verfügung versteht man ein Rechtsgeschäft, dessen Rechtswirkung auf einen Gegenstand unmittelbar gerichtet ist, das „unmittelbar ein Recht überträgt, belastet, ändert oder aufhebt“[51]). Geltendmachung ist die Ausübung des bestimmungsmäßigen Inhalts eines Rechts. Sie kann gerichtliche und außergerichtliche sein. Ein und dieselbe Handlung kann Geltendmachung und zugleich Verfügung sein.

Bei der Begrenzung der Befugnisse ist immer zu beachten, daß sie sich nur auf die Hypothek erstrecken. Der Treuhänder kann in dieser seiner Eigenschaft wegen der im Gesetz vorgeschriebenen Beschränkung seiner Tätigkeit auf die Hypothek niemals Rechte erwerben, die sich auf die persönliche Forderung beziehen. Eine Bezugnahme auf Teile der Eintragungsbewilligung bei Bestellung des Treuhänders, die sich auf Rechte des Treuhänders in bezug auf die persönliche Forderung beziehen, müßte der Grundbuchrichter als gegen die geltenden Gesetzesbestimmungen verstoßend ablehnen.

In der Praxis hat sich jedoch das Bedürfnis entwickelt, dem Treuhänder auch Befugnisse bezüglich der persönlichen Forderung der Gläubiger zu übertragen. Viele Verfügungen über die Hypothek, z. B. die Kündigung derselben, Empfangnahme von Zahlungen und andere mehr

---

[51]) Planck I, 1913 S. 233; Staudinger I, 1912 S. 404.

können mit Rücksicht auf die akzessorische Natur der Sicherungshypothek, insbesondere dieser Wertpapierhypothek, nur vorgenommen werden durch gleichzeitige Verfügung über die persönliche Forderung (siehe unten § 11). Wie läßt sich dieses ermöglichen? Zulässig ist jedenfalls, daß die Gläubiger in ihrer Gesamtheit oder der Gläubigervertreter des SchVG. im Wege der Vollmachterteilung den Treuhänder ermächtigen, auch über die persönliche Forderung zu verfügen, z. B. sie abzutreten und zu kündigen. So wird in der Aushändigung der Wertpapiere an den zu Verfügungen über die Hypothek ermächtigten Treuhänder häufig die Vollmacht liegen, auch über die persönliche Forderung in entsprechendem Umfange mit zu verfügen.

Diese Vollmachtserteilung ist aber ein Hilfsmittel von nur geringer Bedeutung, sobald ein Gläubigervertreter fehlt oder die Gläubiger wechseln. Jeder Gläubiger müßte dann eine besondere Vollmacht erteilen, was bei einer großen Anzahl von Schuldverschreibungen und häufigem Wechsel der Gläubiger praktisch undurchführbar sein würde. Man muß nach einer Möglichkeit suchen, dem Treuhänder auch in Ansehung der persönlichen Forderung ein seiner dinglichen Rechtsmacht ähnliches unabhängiges Recht zu geben. Eine solche Rechtsmacht über die persönliche Forderung kann dem Treuhänder aber nur von allen Beteiligten gemeinsam, also von den Gläubigern und dem persönlichen Schuldner oder deren gemeinsamen Vertreter erteilt werden. Der Treuhänder wird durch diese Vollmachtserteilung gleichzeitig zum „Vertragsvertreter". Die ihm bezüglich der persönlichen Forderung erteilten Befugnisse werden in die Anleihebedingungen und so in die Wertpapierurkunde selbst aufgenommen. Sie ergeben sich aus dem Papier und beschränken so das Recht jedes Gläubigers, der das Papier erwirbt und sich durch die An-

nahme des Papiers mit seiner beschränkten Verfügungsmacht und mit der dem Treuhänder hinsichtlich der persönlichen Forderung erteilten Vollmacht einverstanden erklärt. So ist auch in dieser Beziehung die Rechtsstellung des Treuhänders unabhängig von dem Wechsel der Gläubiger.

Diese erweiterte Machtbefugnis des Treuhänders gehört zum Inhalt der persönlichen Forderung, nie aber kann sie Inhalt der Hypothek werden. Der Treuhänder vereinigt zwei Personen in sich, einmal den Vertreter aus § 1189 BGB. und dann den Vertragsvertreter. Immer ist scharf auseinanderzuhalten, daß sich seine Befugnisse aus § 1189 nur allein auf die Hypothek und nie auf die persönliche Forderung erstrecken, und daß sich seine Rechtsstellung in bezug auf diese lediglich gründet auf den zwischen dem Gläubiger und dem persönlichen Schuldner und ihm geschlossenen Vertrag. Soweit die Rechtsmacht des Treuhänders reicht, haben seine Handlungen Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger.

Eine wesentliche Vorschrift, die überhaupt erst der Tätigkeit des Treuhänders praktischen Wert verleiht, enthält der § 44 Abs. 2 GBO. Er bestimmt, daß es einer Vorlegung der Wertpapierurkunden nicht bedarf, wenn eine Eintragung auf Grund der Bewilligung eines nach § 1189 bestellten Vertreters oder auf Grund einer gegen diesen erlassenen gerichtlichen Entscheidung bewirkt werden soll. Ohne Bedenken kann man m. E. Wittkamp[52]) dahin zustimmen, daß diese Befreiung von der Vorlegung der Urkunden nicht nur für das formelle Grundbuchrecht gilt, sondern daß vielmehr der Treuhänder grundsätzlich zur Vornahme aller Geschäfte, die ihm nach § 1189 gestattet sind, ohne die Vorlegung der einzelnen Schuldverschrei-

---

[52]) Wittkamp S. 47.

bungen legitimiert ist. Selbstverständlich ist jedoch, daß der Treuhänder einzelne Rechtsgeschäfte, wie z. B. die Abtretung der Hypothek, falls er hierzu ermächtigt ist, nicht vornehmen kann, ohne im Besitz der Wertpapierurkunde zu sein, da ja deren Übergabe an den neuen Erwerber erforderlich ist.

Ferner ist gemäß § 55 GBO. der Treuhänder von der Eintragung einer Rechtsänderung bei der Wertpapierhypothek im Grundbuch zu benachrichtigen.

§ 11. Die Rechte des Treuhänders bei Verfügungen über die Wertpapierhypothek.

Aus § 1189 BGB. ergibt sich, daß der Treuhänder mit der Befugnis bestellt werden kann, „bestimmte" Verfügungen über die Hypothek zu treffen. Hierdurch will das Gesetz zum Ausdruck bringen, daß der Treuhänder nicht schlechthin zu allen möglichen Verfügungen über die Hypothek berechtigt sein soll, sondern daß es einer näheren Bestimmung der einzelnen Verfügungen bedarf, zu deren Vornahme der Treuhänder berechtigt sein soll. Wie schon in § 10 gezeigt ist, ist es Sache der Beteiligten, die einzelnen Befugnisse des Treuhänders hinsichtlich der Verfügungen über die Hypothek festzustellen. Maßgebend für den Umfang der Verfügungsbefugnis des Treuhänders ist lediglich die Eintragung im Grundbuch, bzw. die Eintragungsbewilligung, auf die gemäß §§ 874, 1115 BGB. Bezug genommen ist. Ist hier hinsichtlich der Verfügungen nichts bestimmt, so ist der Treuhänder überhaupt nicht zu Verfügungen über die Hypothek berechtigt[53]). Es ist unbedingt erforderlich, daß die Eintragung im Grundbuch, bzw. die Eintragungsbewilligung sich über den Umfang

[53]) Vgl. Predari S. 629; der Eintrag ist ein der Ausfüllung bedürftiges und ohne sie bedeutungsloses Blankett.

der Verfügungsmacht des Treuhänders ausspricht. Es kann dies auch in der Weise geschehen, daß nur angegeben wird, welche Befugnisse dem Treuhänder *nicht* zustehen sollen, oder auch so, daß er *alle* Verfügungen über die Hypothek vornehmen dürfe[54]). Sollten sich aus der Eintragung die einzelnen Verfügungsrechte des Treuhänders nicht klar und deutlich ergeben, so ist im Wege der Auslegung festzustellen, ob eine vom Treuhänder beabsichtigte oder vorgenommene Verfügung innerhalb oder außerhalb des Rahmens der ihm übertragenen Verfügungsbefugnisse liegt. Hierbei ist der von den Parteien beabsichtigte Zweck und ihre Willensrichtung heranzuziehen und davon auszugehen, daß der Treuhänder dazu bestellt ist, die Interessen der Gläubiger, und zwar aller derzeitigen Gläubiger in ihrer Gesamtheit wahrzunehmen.

Eine Aufzählung der einzelnen Verfügungen, zu denen der Treuhänder ermächtigt werden kann, ist wertlos, da dies von Fall zu Fall verschieden sein wird. Hauptsächlich wird es sich um rein dingliche Verfügungen handeln, so z. B. um das Recht, Löschungen zu bewilligen, Trennstücke aus der Mithaft zu entlassen, Inhalts- und Rangänderungen der Hypothek vorzunehmen, Anerkenntnisse des kraft Gesetzes erfolgten Überganges der Hypothek auf den Eigentümer abzugeben u. dgl. m. Die Befugnis, Verfügungen über die Hypothek zu treffen, schließt das Recht zur Empfangnahme von Erklärungen, die sich auf die Hypothek beziehen, als das Mindere in sich.

Im Anschluß an die Frage über die Zulässigkeit mancher Verfügungen für den Treuhänder haben sich in der Literatur Streitfragen entwickelt, so vor allem die Frage,

---

[54]) Predari S. 629; Biermann S. 609; Planck III S. 710; Turnau-Förster S. 1010; Fuchs S. 614; Oberneck S. 975; Paul Müller S. 25; Romeiß S. 33, 34; Wittkamp S. 48; Otte S. 16; Cohn S. 33.

ob dem Treuhänder das Recht eingeräumt werden kann, die Hypothek zu kündigen. Bei Betrachtung all dieser Fragen ist davon auszugehen und darf nie außer acht gelassen werden, daß sich die Befugnisse des Treuhänders als solchen nur auf die Hypothek und nicht auf die persönliche Forderung erstrecken (s. oben § 10).

Die Kündigung einer Hypothek ist zweifellos Geltendmachung der Hypothek, aber man muß sie m. E. auch als Verfügung über die Hypothek ansehen[55]). Denn die Kündigung macht aus dem ungekündigten Anspruch einen gekündigten, demnächst fälligen, wirkt also unmittelbar auf den Bestand eines Rechtes ein. Ist die Kündigung nun eine Verfügung, zu der der Treuhänder überhaupt ermächtigt werden kann? In der Literatur ist diese Frage meist bejaht[56]), wenn auch ohne nähere Begründung. Man muß indessen meiner Ansicht nach unbedingt zu einer vollständigen Verneinung dieser Frage kommen. Es handelt sich hier einzig und allein um die Kündigung der Hypothek, die in dem Regelfall des § 1141 BGB. der Gläubiger mit Wirkung für die Hypothek, d. h. zur Begründung der Klage aus dem Pfandrecht, dem Eigentümer gegenüber erklären muß, und die nicht auf Zahlung hinzielt, sondern auf Duldung der eventuellen Befriedigung aus dem Grundstück. Dieser § 1141 findet aber gemäß § 1185 Abs. 2 BGB. auf Sicherungshypotheken keine Anwendung. Hier muß der Eigentümer die vom Gläubiger gegen den persönlichen Schuldner gerichtete Kündigung

---

[55]) So auch die herrschende Ansicht, vgl. Planck III S. 710; Staudinger III S. 946; Predari S. 629; Turnau-Förster S. 1010; Otte S. 22; Romeiß S. 39; Cohn S. 31; Steimer S. 29; Paul Müller S. 27, 28.

[56]) Biermann S. 610; Oberneck S. 977; Jacobi S. 345; Turnau-Förster S. 1010; Planck III S. 711; Predari S. 629; Endemann S. 873; Crome S. 796; Cohn S. 31.

auch gegen sich als Kündigung des dinglichen Anspruchs gelten lassen. Die Kündigung der persönlichen Forderung ist der einzige Weg, um eine Kündigung der Hypothek herbeizuführen. Hieraus darf man aber, wie Wittkamp S. 49 mit Recht ausführt, nicht schließen, daß der allein zu Verfügungen über die Hypothek berufene Treuhänder auch befugt sein muß, die Forderung zu kündigen, um die Wirkung der Kündigung auf die Hypothek erstrecken zu können[57]). Zu Verfügungen über die persönliche Forderung kann der Treuhänder nicht ermächtigt werden. Es ist daher unmöglich, den Treuhänder als solchen zur Kündigung der Hypothek zu ermächtigen[58]). Paul Müller[58]) will diesen als richtig anerkannten Satz aus praktischen Gründen außer acht lassen. Dies ist ja aber, um ein wünschenswertes Ergebnis zu erzielen, durchaus nicht notwendig. Denn man braucht ja nur, wie oben in § 10 geschildert, den Treuhänder gleichzeitig zum „Vertragsvertreter" zu machen, um so dasselbe Resultat zu erlangen[59]), das Paul Müller in absichtlicher Nichtbefolgung eines als richtig erkannten Prinzips erreichen will. Sobald der Treuhänder des § 1189 gleichzeitig Vertragsvertreter und als solcher zur Kündigung der Forderung ermächtigt ist, kann er gleichzeitig durch Kündigung der Forderung die Kündigung der Hypothek vornehmen.

Wie nicht zur Kündigung, so kann der Treuhänder als solcher auch nicht zur Entgegennahme der Kündigung ermächtigt werden. Die Entgegennahme der Kündigung ist keine Geltendmachung, sondern steht, wennschon sie keine Verfügung ist, doch in der uns hier interessierenden Hinsicht mit der Verfügung über die Hypothek auf einer

---

[57]) A. M. Biermann S. 610.

[58]) Übereinstimmend Otte S. 23, 24; Wittkamp S. 49 und im Prinzip auch Paul Müller S. 28.

[59]) Ebenso Wittkamp S. 49.

Stufe[60]). Aus der akzessorischen Natur der Sicherungshypothek folgt, daß der Eigentümer die Kündigung der Hypothek weder entgegennehmen noch erklären kann[61]). Dem Gläubiger kann nur von seinem persönlichen Schuldner gekündigt werden, und diese Kündigung der persönlichen Schuld wirkt dann zugleich auch als Kündigung der Hypothek. Die Entgegennahme der Kündigung der Hypothek ist also in erster Linie Verfügung über die persönliche Forderung, zu der der Treuhänder als solcher nicht ermächtigt werden kann.

Ebenso ist es bei der Übertragung und Belastung der Hypothek, die auch nur durch Übertragung und Belastung der persönlichen Forderung geschehen kann (vgl. § 4 u. 5 der Abhandlung).

Mit Recht wird von der großen Mehrzahl der Schriftsteller[62]) die Frage verneint, ob der Treuhänder zur Empfangnahme von Zahlungen ermächtigt werden kann. Die Entgegennahme von Zahlungen stellt sich als Verfügung dar, denn sie ist die Verwirklichung eines Anspruchs und wirkt so unmittelbar rechtsändernd auf den Bestand eines Rechts ein[63]). Eine Ermächtigung zur Entgegennahme von Zahlungen hat zur Folge, daß mit der Zahlung an den Treuhänder die persönliche Forderung des Gläubigers gegen den Aussteller des Wertpapiers erlischt. Hierbei ist es gleichgültig, ob die Zahlung aus pfandfreien Mitteln oder aus dem haftenden Grundstück erfolgt. In beiden

---

[60]) Biermann S. 610; Fuchs S. 615; Otte S. 24; Paul Müller S. 31.

[61]) Planck III S. 697 zu § 1185 BGB.; Otte S. 24.

[62]) Vgl. Biermann S. 609; Endemann S. 873 Am. 32; Crome S. 796; Turnau-Förster S. 1011; Staudinger III S. 946; Fuchs S. 615; Kretschmar S. 600; Wittkamp S. 51; Otte S. 25; Paul Müller S. 27; Steimer S. 30; Romeiß S. 39; a. M. Könige S. 70, 71, ohne nähere Begründung.

[63]) Otte S. 25; Romeiß S. 39.

Fällen erlischt auch die persönliche Forderung, und aus diesem Grunde kann der Treuhänder nicht zur Entgegennahme von Zahlungen ermächtigt werden. Wenn der Treuhänder im Besitz der Wertpapiere ist und so an und für sich praktisch Zahlungen gegen Aushändigung der Papiere entgegennehmen kann, so muß man annehmen, daß in dieser Begebung der Papiere an den Treuhänder die Ermächtigung liegt, Zahlungen entgegenzunehmen[64]). Er tut dies dann aber nicht in seiner Eigenschaft als Treuhänder, sondern als „Vertragsvertreter".

§ 12. Die Rechte des Treuhänders bei der Geltendmachung der Wertpapierhypothek.

Auch das Recht der Geltendmachung der Hypothek, das dem Treuhänder nach § 1189 BGB. erteilt werden kann, erstreckt sich nur auf die Hypothek und nicht auf die persönliche Forderung. Grundsätzlich ist der Treuhänder zu jeder Art der Geltendmachung der Hypothek befugt, zur gerichtlichen und außergerichtlichen[65]). Das Recht der Geltendmachung der Hypothek bedarf keiner näheren Begrenzung durch die Eintragung ins Grundbuch; es genügt vielmehr eine generelle Ermächtigung[66]); für zulässig halten muß man jedoch eine Einschränkung dieser Befugnis des Treuhänders auf ganz bestimmte Geltendmachungsakte durch Eintragung ins Grundbuch. Zu den Rechten des Treuhänders bei der Geltendmachung der Hypothek

---

[64]) Vgl. Anm. 62.

[65]) So ganz allgemein die herrschende Ansicht, a. M. nur Hachenburg, Beiträge S. 120, der die Geltendmachungsbefugnis beschränken will auf die Geltendmachung vor dem Prozeß- und dem Vollstreckungsgericht, m. E. ohne Grund und im Widerspruch mit dem Gesetz.

[66]) Biermann S. 609; Planck S. 711, Hachenburg Beiträge S. 760; Wittkamp S. 50; Otte S. 16; Romeiß S. 38.

gehören z. B. die Befugnisse, Mahnungen zu erlassen[67]), Klage zu erheben und in der Zwangsvollstreckung tätig zu sein, z. B. im Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren als Beteiligter im Sinne des § 9 ZVG. die Hypothek anzumelden. Er ist auch, um eine Gefährdung der Sicherheit der Hypothek abzuwehren, befugt, die Rechte aus §§ 1133 ff. BGB. wahrzunehmen.

Von weit größerer Bedeutung ist die gerichtliche Geltendmachung der Hypothek. Der Umfang der Prozeßführungsbefugnis des Treuhänders, ebenso wie seine rechtliche Stellung im Prozeß ist sehr bestritten. Hier soll nur die erste Frage beantwortet werden. Die zweite hängt derartig eng mit der Frage zusammen, welche rechtliche liche Stellung der Treuhänder überhaupt hat, daß sie nicht getrennt von dieser oder doch nur im Anschluß an diese behandelt werden kann (vgl. § 19 der Abhandlung). Einige Schriftsteller sprechen dem Treuhänder aktive und passive Prozeßfähigkeit uneingeschränkt zu[68]), andere zwar auch volle aktive Prozeßfähigkeit, dagegen passive nur insoweit, als er zu der betreffenden Verfügung ermächtigt ist[69]). Letzterer Ansicht möchte ich mich anschließen. Die uneingeschränkte Aktivlegitimation des Treuhänders ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des § 1189 BGB. Seine Passivlegitimation jedoch hat zur Voraussetzung, daß entweder von ihm keine Verfügung über die Hypothek verlangt wird oder daß jedenfalls nur eine solche Verfügung von ihm verlangt wird, zu deren Vornahme er ermächtigt ist. Dies ergibt sich m. E. schon aus § 1189 Abs. 2, nach

---

[67]) So die herrschende Meinung; a. M. nur Wittkamp S. 50, der die Mahnung für Geltendmachung der persönlichen Forderung hält, und sie daher dem Treuhänder nicht zugesteht.

[68]) Staudinger III S. 946; Hachenburg, Beiträge S. 160.

[69]) Planck III S. 711; RGR. II S. 470; Fuchs S. 616; Turnau-Förster S. 1010; Paul Müller S. 32; Romeiß S. 40.

dem der Eigentümer unter gewissen Bedingungen die Vornahme einer Verfügung von dem Treuhänder verlangen kann, aber eben nur einer solchen, zu der dieser befugt ist. Seine Legitimation zur gerichtlichen Geltendmachung der Hypothek hat der Treuhänder durch Vorlegung einer beglaubigten Abschrift des Eintragungsvermerks seiner Bestellung im Grundbuch zu führen[70]).

Im Anschluß an die Geltendmachungsbefugnis des Treuhänders mag hier noch ein ihm nach § 16 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 2, § 7 SchVG. zustehendes Recht kurz erwähnt werden. Hier wird ihm die Befugnis erteilt, schriftlich unter Angabe des Zwecks und der Gründe vom Schuldner die Berufung der Gläubigerversammlung und die vorherige Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung in dieser Versammlung zu verlangen. Wird diesem Verlangen vom Schuldner nicht entsprochen, so kann das zuständige Amtsgericht den Treuhänder auf Antrag zur selbständigen Berufung der Versammlung ermächtigen (§ 4 SchVG.).

§ 13. Die Pflichten des Treuhänders.

Den Rechten des Treuhänders entsprechen seine Pflichten, sowohl den Gläubigern als auch dem Eigentümer gegenüber; denn in beider Interesse ist er bestellt. Aus seinem Vertretungsrecht entspringt zunächst die ganz allgemeine Pflicht zur gewissenhaften, alle Interessen der Gläubiger und des Eigentümers berücksichtigenden Ausführung der Vertretung. Er ist den Beteiligten Rechenschaft schuldig und unter Umständen wegen Verletzung seiner Treuhänderpflichten haftbar, ja eventuell sogar strafbar gemäß § 266 Ziff. 1 StGB. Streit ist in der Literatur über die Frage entstanden, ob der Treuhänder die

[70]) Turnau-Förster S. 1010; Romeiß S. 32.

Eintragung der Hypothek zu überwachen hat[71]). M. E. ist diese Frage zu verneinen. Es kann sich hier selbstverständlich nur um den Fall handeln, daß der Treuhänder gleichzeitig mit der Hypothek bestellt wird. Denn wird er nachträglich bestellt, so kann von einer Überwachung der Eintragung der Hypothek keine Rede sein und eine Nachprüfungspflicht der erfolgten Eintragung kann ihm nicht auferlegt werden, um so weniger, als sie bedeutungslos ist. Die Rechtsstellung des Treuhänders, seine Rechtsmacht entsteht erst durch die Eintragung im Grundbuch, ebenso kann auch seine Treuhänderpflicht erst durch die Eintragung entstehen. Aus diesem Grunde kann der Treuhänder als solcher nicht verpflichtet sein, die Eintragung der Hypothek zu überwachen, da sie ja unbedingt seiner Bestellung vorausgeht oder höchstens gleichzeitig mit ihr geschieht. Die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht stützen sich auf das Analogon des § 192 HGB., in dem den Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft die Pflicht auferlegt wird, den Hergang der Gründung zu prüfen, obschon die Eintragung und damit die Entstehung der Aktiengesellschaft erst nach dieser Prüfung stattfinden kann (§§ 200, 193, 195 Ziff. 5 HGB.). Dieser § 192 ist jedoch eine reine Spezialvorschrift für das Recht der Aktiengesellschaft und soll kein allgemeines Prinzip aufstellen. Seine analoge Anwendung ist daher zum mindesten sehr gewagt. Eine Pflicht zur Überwachung der Eintragung der Hypothek ließe sich für den Treuhänder nur durch besonderen obligatorischen Vertrag zwischen den Beteiligten begründen. Dann würde aber der Treuhänder nicht als solcher, sondern wiederum als Vertragsvertreter handeln.

---

[71]) Für die Bejahung der Frage: Hachenburg, Beiträge S. 159; Cohn S. 30; Steimer S. 36, 37; für die Verneinung: Otte S. 35.

Eine Pflicht des Treuhänders ist im § 1189 Abs. 2 noch besonders hervorgehoben. Hiernach kann nämlich der Eigentümer von dem Treuhänder die Vornahme einer Verfügung unter der doppelten Voraussetzung verlangen, daß er einmal berechtigt ist, diese Verfügung von dem Gläubiger zu verlangen, und daß zweitens der Treuhänder selbst zur Vornahme dieser betreffenden Verfügung befugt ist. Die Pflicht des Treuhänders, die sich übrigens auch beim Fehlen des § 1189 Abs. 2 ohne weiteres aus der Rechtsmacht des Treuhänders ergeben hätte, besteht nicht nur gegenüber dem ersten Besteller, sondern auch gegenüber jedem späteren Erwerber des Grundstücks, insbesondere auch gegenüber dem Erwerber eines Trennstücks, so daß dieser berechtigt ist, von dem Treuhänder die Entlassung des Trennstücks aus der Mithaft zu verlangen, falls der Treuhänder zu dieser Verfügung befugt ist[72]).

§ 14. Das Verhältnis des Treuhänders zu den Gläubigern.

Mit dem Augenblick der Bestellung wird der Treuhänder von dem Willen der Beteiligten unabhängig; das gilt insbesondere von der Ausübung seiner Rechte. Die Gläubiger müssen die von dem Treuhänder selbst gegen ihren gemeinsamen Willen vorgenommenen Handlungen gegen sich gelten lassen, werden im übrigen aber durch die Anstellung des Treuhänders in ihrer Geschäftsfähigkeit bezüglich der Hypothek nicht beschränkt. Daß sie zur Verfolgung der persönlichen Forderung berechtigt, und zwar an und für sich allein berechtigt sind, ist schon oben im § 10 gesagt. Aber auch bezüglich des dinglichen Anspruchs

---

[72]) Turnau-Förster S. 1011; Staudinger III S. 947; Steimer S. 34.

ist eine konkurrierende Tätigkeit der einzelnen Hypothekengläubiger nicht ausgeschlossen. Sie können trotz der Bestellung eines Treuhänders neben diesem über die Hypothek verfügen und sie gerichtlich und außergerichtlich geltend machen[73]). Eine Anregung in der Beratung der 2. Kommission, dem Treuhänder allein mit Ausschluß der Inhaber der Schuldverschreibungen das Recht zu grundbuchmäßigen Verfügungen über die Hypothek zuzusprechen, hat die Kommission ausdrücklich zurückgewiesen mit der Begründung, „daß eine derartige gesetzliche Beschränkung der Rechte der Inhaber der Schuldverschreibungen immerhin bedenklich sei, da der Treuhänder dem Zwecke der ganzen Einrichtung nach immerhin nur beschränkte Funktionen auszuüben habe und es den Inhabern der Schuldverschreibungen beispielsweise nicht wohl verwehrt werden könnte, bei einer Zwangsversteigerung der gepfändeten Sache selbst Zahlungen anzunehmen“[74]).

Schwierigkeiten bei Verfügungen über die Hypothek, besonders vor dem Grundbuchamt, werden den Gläubigern bei ihrer Legitimation erwachsen. Wenn auch Hachenburg (Vorträge S. 608) nicht dahin zu folgen ist, daß die einzelnen Gläubiger nicht grundbuchmäßig legitimiert seien, Erklärungen mit sachenrechtlicher Wirkung abzugeben, offenbar, weil sie nicht eingetragen wären und gemäß § 40 Abs. 1 GBO. eine Eintragung nur erfolgen könne, wenn derjenige, dessen Recht durch die Eintragung betroffen würde, als Berechtigter eingetragen sei, so muß man doch

---

[73]) So die herrschende Meinung, vgl. Planck III S. 707; Staudinger III S. 947; Turnau-Förster S. 1010; Fuchs I S. 615; Hachenburg, Beiträge S. 164, 165; Oberneck S. 972; Otte S. 38; Romeiß S. 52; Wittkamp S. 24 ff.; Steimer S. 25; Paul Müller S. 36.

[74]) Protokolle III S. 676.

bei den Orderpapierhypotheken verlangen, daß der betreffende Gläubiger seine Berechtigung durch eine Reihe beglaubigter, der Form des § 29 GBO. genügender Indossamente nachweist, während bei den Inhaberpapieren der Inhaber als solcher legitimiert erscheint[75]).

Bei erfolgter Bestellung eines Treuhänders ist also die Möglichkeit einer konkurrierenden und kollidierenden Tätigkeit des Treuhänders und der einzelnen Gläubiger gegeben, und Dritte müssen daher bei der Vornahme von Rechtsgeschäften bezüglich der Hypothek stets mit zwei Berechtigten rechnen. Bei der Entscheidung der Frage über den Fall einer Kollision von Handeln des Treuhänders und der Gläubiger möchte ich Riezler folgen, der ausführt: „Aus dem Wesen der Vertretung folgt: Konkurrenz und Kollision im Handeln des Vertreters und des Vertretenen oder im Handeln mehrerer Vertreter lösen sich in allen Fällen in gleicher Weise, wie wenn die mehreren der konkurrierenden oder kollidierenden Handlungen von dem Vertretenen selbst vorgenommen wären; ob also zuerst der Vertreter und dann der Vertretene, oder ob umgekehrt zuerst der Vertretene und dann der Vertreter handelt, darauf kommt es grundsätzlich für die Lösung nicht an“[76]).

Diese Möglichkeit des konkurrierenden und kollidierenden Handelns bringt natürlich eine gewisse Unsicherheit in das Verkehrsleben, und man sucht diese in der Praxis häufig dadurch zu beseitigen, daß man in die Bewilligung, die der Grundbucheintragung zugrunde liegt, und in die Anleihebedingungen, die zum Inhalt der Teilschuldverschreibungen gemacht zu werden pflegen, eine Bestimmung des Inhalts aufnimmt, daß die zum Treuhänder bestellte Person allein befugt sei, einzelne oder

---

[75]) Vgl. Anm. 15.

[76]) Riezler im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 98, S. 388.

alle Rechte der Gläubiger wahrzunehmen. Während früher in der Literatur[77]) dies vielfach ohne weiteres für zulässig gehalten wurde, sind jetzt doch große Bedenken gegen die Möglichkeit und gegen die Bedeutung der Aufnahme einer derartigen Bestimmung geltend gemacht[78]), und zwar mit Recht. Diese Ausschließung der Verfügungsbefugnis der Gläubiger würde gegen § 137 Satz 1 BGB. verstoßen, wo es heißt: Die Befugnis zu Verfügungen über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden, d. h. mit Wirkung gegenüber unbeteiligten Dritten. Wohl aber ist es möglich, daß sich die Gläubiger durch einen obligatorischen Vertrag mit dem Eigentümer oder dem Treuhänder oder beiden verpflichten, von ihrem Verfügungsrecht keinen Gebrauch zu machen, vgl. § 137 Satz 2 BGB. Ist dieser Vertrag zwischen den Gläubigern und dem Eigentümer ohne Beteiligung des Treuhänders geschlossen, so liegt ein Vertrag zugunsten Dritter, nämlich des Treuhänders, vor, da dieser ein erhebliches Interesse daran hat, daß sich die einzelnen Gläubiger ihrer konkurrierenden Tätigkeit, die doch die Aufgabe des Treuhänders wesentlich erschwert, enthalten. In diesem Falle ist der Treuhänder gemäß § 328 BGB. berechtigt, von den Gläubigern die Unterlassung der konkurrierenden Tätigkeit zu verlangen. Die Eintragung einer solchen Abmachung in das Grundbuch erscheint unzulässig. Sie bindet nur die an dem Vertrage Beteiligten und kann nie zum dinglichen Bestande der Hypothek gemacht werden. Durch Aufnahme dieser Abmachung in die einzelnen Schuldverschreibungen ist die Möglichkeit ge-

---

[77]) Hachenburg, Beiträge S. 164; Fuchs S. 615; Turnau-Förster S. 1011; Oberneck I S. 976; auch früher Biermann, 1903, S. 415, jetzt anderer Meinung S. 609.

[78]) Vgl. Predari S. 628; Kretschmar S. 600; Biermann S. 609: Wittkamp S. 25; Paul Müller S. 36.

geben, auch dem späteren Erwerber der Schuldverschreibungen zur Unterlassung von Verfügungen über die Hypothek zu verpflichten.

Die Frage, wie sich die Konkurrenztätigkeit des Treuhänders und der Gläubiger im Prozeß selbst gestaltet, kann erst beantwortet werden, wenn feststeht, welche Rechtsstellung der Treuhänder im Prozeß einnimmt (vgl. § 19 der Abhandlung).

§ 15. Das Verhältnis des Treuhänders zu dem Gläubigervertreter des SchVG. und zum Vertragsvertreter.

Neben dem Treuhänder des § 1189 BGB. können bei Teilschuldverschreibungen noch andere Gläubigervertreter tätig werden, einmal der Gläubigervertreter des SchVG. und dann der sog. Vertragsvertreter.

Die Rechtsstellung des Gläubigervertreters ergibt sich aus dem Schuldverschreibungsgesetz vom 4. Dezember 1899. Nach diesem Gesetz, das jedoch gemäß § 1 nur dann Anwendung findet, wenn die Nennwerte der ausgegebenen Schuldverschreibungen zusammen mindestens 300 000 Mark und die Zahl der ausgegebenen Stücke mindestens 300 betragen, bilden die Gläubiger der Schuldverschreibungen einen Verband. Die in einer Versammlung gefaßten Beschlüsse der Mehrheit der Gläubiger haben unter gewissen Voraussetzungen verbindliche Kraft für alle Gläubiger. Diese Gläubigerversammlung kann auch nach Abs. 2 des § 1 zur Wahrnehmung der Rechte der Gläubiger einen gemeinsamen Vertreter bestellen, dessen Befugnis gemäß § 14 des Gesetzes in ihrem Umfange bestimmt festgesetzt sein müssen. Hier ist es gemäß § 14 Abs. 2 auch möglich, die Befugnisse der Gläubiger zur selbständigen Geltendmachung der dem Vertreter zugesprochenen Rechte auszu-

schließen. Diese Bestimmung im § 14 Abs. 2 SchVG. geht als besonderes Gesetz dem § 137 Satz 1 BGB. vor. Die Ausschließung wirkt nicht nur zwischen den Beteiligten, sondern auch jedem unbeteiligten Dritten gegenüber, hat also absolute Wirkung.

Durch die Bestellung eines solchen Gläubigervertreters werden gemäß § 16 Abs. 1 SchVG. die Befugnisse und Verpflichtungen des Treuhänders des § 1189 BGB. nicht berührt. Durch diese ausdrückliche Bestimmung des § 16 Abs. 1 „ist dem Gläubigervertreter jeder Eingriff in die Rechtssphäre des Grundbuchvertreters verwehrt“ [79]). Der Gläubigervertreter kann niemals in die Rechte eingreifen, die dem Treuhänder nach seiner Bestellung zustehen. Eine Kollision zwischen dem Handeln beider ist also ausgeschlossen. Es steht indessen nichts im Wege, daß die Gläubigerversammlung den Gläubigervertreter ermächtigt, den Treuhänder in geeigneter Weise zu überwachen und ihn zur ordnungsmäßigen Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten. Es ist auch möglich und wird in der Praxis häufig vorkommen, daß ein Treuhänder des § 1189 BGB., der das Vertrauen der Gläubiger besitzt, gleichzeitig zum Gläubigervertreter des SchVG. bestellt wird, was auch schon aus dem Grunde vorteilhaft erscheint, daß dann, wie oben gesehen, die Befugnisse der Gläubiger zur selbständigen Geltendmachung der Forderung und Hypothek mit Wirkung gegen Dritte ausgeschlossen werden können. Dieser Gläubigervertreter darf nicht verwechselt werden mit einem rechtsgeschäftlichen Stellvertreter aller Schuldverschreibungsgläubiger, dem sog. „Vertragsvertreter“ [80]),

---

[79]) Wittkamp S. 22; ebenso Könige S. 73; Rießer S. 65; Turnau-Förster S. 1013.

[80]) Als „Vertragsvertreter“ wird er in der Literatur bezeichnet, weil seine Bestellung auf einem Vertrage zwischen Schuldner und Gläubiger zu beruhen pflegt. Durch den Erwerb

der im Namen eines jeden einzelnen Gläubigers zu handeln befugt ist. Seine Bestellung geschieht in gleicher Weise wie der Abschluß des Begebungsvertrages der Schuldverschreibungen selbst, regelmäßig also durch Aufnahme in die Anleihebedingungen. Der Vertragsvertreter kann zur Ausübung der Gläubigerrechte sowohl hinsichtlich der Hypothek als auch hinsichtlich der Forderung ermächtigt werden. Wie in dem vorhergehenden Paragraphen, vor allem im § 10 gezeigt ist, ist es aus praktischen Gründen sehr vorteilhaft, den Treuhänder des § 1189 BGB. gleichzeitig zum Vertragsvertreter zu bestellen und es so zu ermöglichen, daß er Verfügungen über die Hypothek vornehmen kann, die er sonst wegen ihres Einflusses auf die persönliche Forderung nicht hätte vornehmen können.

Immer aber muß man diese drei Vertreterarten scharf auseinanderhalten, und man darf dem Treuhänder des § 1189 als solchen nie Befugnisse zuerkennen, die er als Gläubigervertreter nach dem SchVG. oder als Vertragsvertreter haben kann.

V. Die rechtliche Natur des Treuhänders.

§ 16. Vorbemerkungen.

Bei der Frage nach der rechtlichen Natur des Treuhänders ist das Innenverhältnis, in dem der Treuhänder zu dem Eigentümer und zu den Schuldverschreibungsgläubigern steht, scharf zu trennen von dem Vertreteramt des Treuhänders als solchem, wie es sich in seiner Rechtsstellung nach außen, Dritten gegenüber äußert. Dieser

---

der Schuldverschreibungen, in deren Anleihebedingungen seine Befugnisse aufgenommen sind, erteilen die Gläubiger auch in diesem Falle ihre zu einem Vertragsschluß nötige Zustimmung.

Unterschied ist in der Literatur bei der Beurteilung der rechtlichen Natur des Treuhänders leider nicht immer scharf genug betont worden, und infolge des Durcheinanderwerfens von Innen- und Außenverhältnis ist manche Unklarheit bei der rechtlichen Beurteilung des Treuhänders entstanden, die sich hätte vermeiden lassen.

Nur die äußere Seite des Verhältnisses, die Rechtsmacht des Treuhänders nach außen hin, kann für die Beurteilung der Rechtsnatur des Treuhänders in Betracht kommen. Denn nur diese Rechtsmacht des Treuhänders nach außen bleibt sich im Grunde, abgesehen von einigen Einzelheiten, immer gleich, das Innenverhältnis dagegen ist bald so, bald so gestaltet; es richtet sich ganz nach dem Willen der Beteiligten, nach dem der Bestellung des Treuhänders zugrunde liegenden Rechtsgeschäft.

Dieses Rechtsgeschäft wird nach den Grundsätzen der Vertragsfreiheit geschlossen zwischen dem Eigentümer und dem Treuhänder oder zwischen Eigentümer und Gläubigern einerseits und dem Treuhänder andererseits. Die Vertragsabmachungen können — und dies wird in der Praxis der Regelfall sein — in die Anleihebedingungen aufgenommen und so zum Bestandteil der Schuldverschreibungen werden. Durch Annahme der Schuldverschreibungen treten dann auch alle späteren Gläubiger stillschweigend in das Vertragsverhältnis zum Treuhänder ein und unterwerfen sich dem in den Anleihebedingungen festgesetztem Vertragsinhalte. Auf diese Weise können auch den Gläubigern die verschiedensten Pflichten auferlegt werden, z. B. die Pflicht, dem Treuhänder die Prozeßkosten zu ersetzen, dem Treuhänder eine Vergütung zu zahlen.

Ist der das Innenverhältnis regelnde Vertrag jedoch in die Anleihebedingungen nicht aufgenommen worden, so können natürlich für die Gläubiger, die an der Schließung des Vertrages nicht beteiligt sind oder die später

einzelne Schuldverschreibungen erwerben, keine vertraglichen Pflichten dem Treuhänder gegenüber entstehen, es sei denn, daß sie sich durch besonderen Vertrag verpflichten. So erwächst dem Treuhänder z. B. kein Recht auf Vergütung gegen die Gläubiger, die dem Vertrage nicht beigetreten sind. Wohl aber können auch die an dem Vertragsschlusse nicht beteiligten Gläubiger gemäß §§ 328 ff. BGB. Rechte erwerben.

Festzuhalten ist daran, daß das Innenverhältnis als ein Produkt der Vertragsfreiheit zu betrachten ist[81]). Es kann auf einem Dienst- oder Werkvertrage beruhen, meist wird es ein auftragähnliches sein, das sich jedoch in wichtigen Punkten vom Auftrage unterscheidet. So liegt hauptsächlich das nach § 671 BGB. für den Auftrag erforderliche Moment der jederzeitlichen Widerruflichkeit des Auftrages durch den Auftraggeber nicht vor, ebenso in den meisten Fällen auch nicht das nach § 662 BGB. erforderliche Moment der Unentgeltlichkeit. Endlich trifft für den Treuhänder auch die Bestimmung des § 665 BGB. nicht zu, wonach der Beauftragte berechtigt ist, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Vielmehr hat ein Hinausgehen des Treuhänders über den ihm durch Gesetz und Parteivereinbarung zuerteilten Wirkungskreis die Unwirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Folge[82]).

Dieser obligatorische Anstellungsvertrag ist, wie oben gesagt, scharf zu scheiden von dem dinglichen Bestellungsakt, der seinen Abschluß in der Eintragung ins Grundbuch findet und der dem Treuhänder seine Rechtsmacht, seine Rechtsstellung nach außen gibt.

---

[81]) Wittkamp S. 68.

[82]) Böckel S. 30.

§ 17. Die verschiedenen Ansichten in der Literatur.

Über diese Rechtsstellung des Treuhänders nach außen sind die verschiedensten Theorien aufgestellt. Schon in der 2. Kommission[83]) gingen die Ansichten über die rechtliche Stellung des Treuhänders so weit auseinander, daß man eine Entscheidung darüber nicht fällen, sondern es der Wissenschaft und Praxis überlassen wollte, diese Streitfrage weiter zu klären. In der Kommission wurden hauptsächlich drei Ansichten vertreten. Nach der ersten ist der Treuhänder wesentlich als Beauftragter des Eigentümers anzusehen, der aber gleichzeitig als Vertreter der Inhaber der einzelnen Schuldverschreibungen fungiert. Von den Anhängern der zweiten Auffassung wird hingegen betont, daß der Treuhänder hauptsächlich als Vertreter der Inhaber der Schuldverschreibungen zu gelten habe; man könne zwar aus dem Zweck der ganzen Einrichtung folgern, daß er auch dem Eigentümer verpflichtet sein solle, nötig sei dies aber nicht; ob man sein Verhältnis zum Eigentümer als Auftrag betrachten könne, müsse als durchaus zweifelhaft bezeichnet werden. Eine dritte Meinung nahm eine Rechtsgemeinschaft aller Schuldverschreibungsgläubiger an und als deren Vorstand sei der in vielen Beziehungen einem Konkursverwalter vergleichbare Treuhänder aufzufassen; der erforderliche Gesellschaftsvertrag sei durch stillschweigende Willenserklärung zustande gekommen.

Auch in der im Anschluß an den § 1189 BGB. und an die in den Protokollen vertretenen Ansichten sich entwickelnden Literatur kam man nicht zu einer einheitlichen Auffassung über die rechtliche Natur des Treuhänders.

Die dritte in der Kommission geäußerte Ansicht, die sog. Sozietätstheorie ist allerdings allgemein verworfen

---

[83]) Vgl. auch für das Folgende Protokolle III S. 675 ff.

und auch wohl mit Recht. Nach ihr ist der Treuhänder Organ einer Körperschaft oder Gemeinschaft, die aus sämtlichen Teilschuldverschreibungsgläubigern gebildet wird. Hiernach ist derjenige, für den der Treuhänder bestellt ist, einer eigenen Willenserklärung gar nicht fähig. Denn eine Gemeinschaft, eine Körperschaft kann nur durch ihren Vorstand, ihr Organ handeln, sie ist in bezug auf die zur Gemeinschaft gehörenden Gegenstände weder in ihrer Gesamtheit noch in ihren einzelnen Gliedern ohne Vorstand handlungsfähig. Wie schon oben Seite 59 gesagt ist, wurde es aber in der Kommission ausdrücklich abgelehnt, die Verfügung über die Hypothek dem Treuhänder allein zu überlassen, da es bedenklich sei, die Inhaber der Schuldverschreibungen in ihren Rechten derart gesetzlich zu beschränken[84]). Hieraus kann man schließen, daß schon nach der Auffassung der Kommission durch die Bestellung des Treuhänders die Gläubiger nicht handlungsunfähig werden sollten, sondern daß die einzelnen Gläubiger neben dem Treuhänder frei über ihren Hypothekenanteil verfügen können sollten. Dies ist auch nach der Fassung des Gesetzes anzunehmen und wird in der Literatur nirgends bestritten.

Im übrigen aber ist in der Literatur keine Einigkeit über die rechtliche Natur des Treuhänders erzielt. Eine große Anzahl Schriftsteller erblickt in dem Treuhänder einen rechtsgeschäftlichen Vertreter aller Gläubiger der Schuldverschreibungen. Nach ihnen handelt der Treuhänder, sowohl wenn er verfügt, wie wenn er Prozesse führt, nicht im eigenen Namen, sondern im Namen der jeweiligen Gläubiger; er ist durch Rechtsgeschäft bestellter Vertreter im Sinne des § 166 Abs. 2 BGB., Bevollmächtigter der Gläubiger; seine Vollmacht beruhe auf einem

---

[84]) Protokolle III S. 676.

Auftragsverhältnis, in welchem er zu dem Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks und den Gläubigern stehe. Sofern der Treuhänder vom Eigentümer allein bestellt worden sei, komme das Vertragsverhältnis zwischen ihm und den Gläubigern dadurch zustande; daß diese durch Erwerbung von Schuldverschreibungen den Vertrag genehmigten, den der Eigentümer als ihr Geschäftsführer zugleich für sie mit dem Treuhänder geschlossen habe; vgl. vor allem Rechtsprechung OLG. 20 S. 423; RG. in JW. 06 S. 199 18; ebenso Fuchs S. 612; RGR. II S. 470; Wolff in Enneccerus-Kipp-Wolff II 1 S. 531. Ebenso läßt auch Biermann S. 607 die Rechtsstellung des Treuhänders auf einem Rechtsgeschäft, das er allerdings nicht als Vollmacht bezeichnet haben will, beruhen.

Auch nach Könige S. 72 ist der Treuhänder Bevollmächtigter der Gläubiger. Die Ernennung des Pfandhalters — Treuhänders — und der Umfang seiner Macht beruhe auf der stillschweigenden Willenseinigung zweier Parteien mit entgegengesetzten Interessen, d. h. der Gläubigergemeinschaft und des Schuldners; dem Parteiwillen entspreche es, daß der Treuhänder im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung auftreten solle; er sei mit dem Konkursverwalter zu vergleichen.

Planck III S. 708 sieht den Treuhänder als Vertreter der jeweiligen Hypothekengläubiger an, dessen Bestellung einen Teil des Inhaltes des Hypothekenrechts bilde und dessen Rechtsstellung der eines Pflegers einer geschäftsfähigen Person ähnlich sei, jedoch mit der Maßgabe, daß er nicht nur im Interesse der Gläubiger, sondern auch des Eigentümers bestellt sei.

Auch nach Predari S. 629 nähert sich die Stellung des Treuhänders der des Konkursverwalters oder auch der des Pflegers einer geschäftsfähigen Person. Nach ihm ist der

Treuhänder ohne Zweifel Vertreter der Gläubigerschaft. Diese Vertretung habe zwar eine rechtsgeschäftliche Grundlage, gewähre aber, einmal ins Leben gerufen, dem Vertreter eine von dem Willen des Eigentümers und der Gläubiger als Einzelpersonen unabhängige, vermöge der Eintragung ins Grundbuch wirksame Rechtsstellung und empfange, ohne die Verfügungsbefugnis der Gläubiger rechtlich zu hindern, ihren Inhalt teils durch das Gesetz, teils durch die Bestellungshandlung.

Diese Ansicht Predaris bildet sozusagen den Übergang zu der Auffassung Ottes S. 52 und Hengstbergers S. 70, die den Treuhänder als gesetzlichen, und nicht als rechtsgeschäftlichen Vertreter der Gläubiger ansehen. Weder die einseitige Erklärung des Eigentümers bei der Hypothekenbestellung noch die gemeinsame Entschließung des Eigentümers und der Gläubiger geben dem Treuhänder seine Rechtsmacht, sondern bildeten nur die rechtsgeschäftliche Grundlage, eine Voraussetzung dafür. Maßgebend sei einzig und allein die Eintragung ins Grundbuch. Erst mit vollendetem Eintrag beginne seine Dispositionsgewalt über die Hypothek und nur durch einen neuen Eintrag könne sie ihm wieder genommen werden. Seine Rechtsmacht beruhe also auf gesetzlicher Grundlage. Der Treuhänder handle mit unmittelbarer Wirkung für die Gläubiger in deren Namen und habe zugleich die Pflicht, bei seinem Handeln als Vertreter der Gläubiger auch die Interessen des Eigentümers zu wahren.

Oberneck I S. 973 und Kober in Staudinger III S. 949 vertreten einen ähnlichen Standpunkt. Sie bezeichnen den Treuhänder allerdings nicht als gesetzlichen Vertreter, sondern als einen Vertreter der Beteiligten aus eigenem Recht, der kraft der Grundbucheintragung die Hypothek im Interesse aller Beteiligten aus eigenem Recht zu verwalten habe.

Auch Gierke S. 904 ff., Turnau-Förster S. 1011, Cohn S. 34 und Wittkamp S. 77 charakterisieren den Treuhänder als Vertreter aus eigenem Recht, der im eigenen Namen und selbständig handle. Ihm sei ein Stück der sachenrechtlichen Gläubigerstellung und damit eine Mitherrschaft über die Hypothek übertragen. Er habe ein dingliches Recht. Seine Stellung sei ähnlich der des Testamentsvollstreckers.

Eine ähnliche oder gar gleiche Stellung wie dem Testamentsvollstrecker weisen dem Treuhänder des § 1189 BGB. auch Hachenburg Beiträge S. 168, Endemann II 1 S. 875, Riezler S. 382, Romeiß S. 28 ff., Paul Müller S. 46 ff. und Böckel S. 30 ff. zu, die in ihm einen Treuhänder des deutschen Rechts erblicken, dem seine Rechtsmacht zustehe kraft eigenen Rechts und im eigenen Namen, jedoch empfangen mit der Bestimmung des Nichtgebrauchs im eigenen Interesse; er habe ein besonders geartetes, begrenztes dingliches Recht an fremdem Gegenstand, nämlich ein dingliches Verfügungs- und Ausübungsrecht an der den Gläubigern zustehenden Hypothek, das er freilich nur in deren Interesse gebrauchen dürfe. Nach Endemann übt der Treuhänder die ihm anvertraute Rechtsmacht im eigenen Namen zum Schutz fremder Interessen aus, er handle kraft einer amtlichen Repräsentationsbefugnis und dies erkläre, weshalb die von ihm oder gegen ihn erwirkten Verfügungen, Urteile, Vollstreckungsmaßregeln für und gegen die repräsentierten Gläubiger wirken.

§ 18. Die Stellungnahme des Verfassers.

Nachdem schon im vorigen Paragraphen darauf hingewiesen ist, daß die dritte in der Kommission vertretene Ansicht, die sog. Sozietätstheorie, die den Treuhänder als Vorsteher einer Rechtsgemeinschaft ansieht, nicht zu billigen

ist, sind im folgenden hauptsächlich die beiden sich scharf gegenüberstehen, einander ausschließenden Hauptansichten, in die schließlich der ganze Streit der Literatur ausläuft, zu betrachten, ob nämlich der Treuhänder des § 1189 ein wahrer Vertreter der Gläubiger ist oder ob ihm eine eigene Rechtsmacht zusteht, die er im eigenen Namen aber im fremden Interesse ausübt.

Das Gesetz selbst bezeichnet den Treuhänder im § 1189 als einen „Vertreter für den jeweiligen Gläubiger", ein Moment, das sehr für die erstere Ansicht spricht und auf das sich auch deren Anhänger stützen. Aber die Anhänger der Vertretungstheorie gehen schon darüber auseinander, worauf die Vertretungsmacht beruht, ob auf Rechtsgeschäft oder auf dem Gesetz. Die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verlangt eine Vollmacht des Geschäftsherrn — § 166 Abs. 2 BGB. —, also hier eine Willenserklärung der Gläubiger. Man mag der von Fuchs und in dem Kommentar der Reichsgerichtsräte vertretenen Ansicht zustimmen, daß diese Willenserklärung bei Gläubigern, die die Hypothek erst nach Bestellung des Treuhänders erwerben, darin erblickt werden kann, daß sie durch Erwerbung der mit der Bestellung des Treuhänders belasteten Hypothek den Vertrag genehmigen, den der Eigentümer als ihr Geschäftsführer zugleich für sie mit dem Treuhänder geschlossen hat. Durch diese Willenserklärung, durch diese Vollmachtserteilung erhält aber der Treuhänder überhaupt nicht seine Rechtsmacht. Sie bildet nur eine rechtsgeschäftliche Grundlage, eine Voraussetzung dafür[85]). Hinzukommen muß die Eintragung ins Grundbuch, die konstitutive Wirkung hat. Sie allein gibt dem Treuhänder seine Rechtsmacht. Erst mit der Eintragung ins Grundbuch beginnt die Verfügungsmacht des Treuhänders über die

---

[85]) Hengstberger S. 70.

Hypothek und nur durch einen neuen Eintrag kann seine Verfügungsmacht über die Hypothek nach außen hin beseitigt werden, nicht durch Widerruf der vertretenen Gläubiger, was bei der Vollmacht regelmäßig der Fall ist (§ 168 BGB.). An den dinglichen Bestellungsakt, an die Eintragung ins Grundbuch knüpft das Gesetz im § 1189 die Rechtsmacht des Vertreters, der Wille der Gläubiger ist nur mittelbar beachtlich.

Ist nun der Treuhänder deshalb gesetzlicher Vertreter? Eine Vertreterstellung des Treuhänders ist jedenfalls nicht deshalb abzulehnen, wie Hachenburg Beiträge S. 168 meint, weil er nicht nur im Interesse der Gläubiger bestellt ist, sondern auch zugunsten des Eigentümers handeln kann und in gewissen Fällen sogar handeln muß (§ 1189 Abs. 2 BGB.). Wenn man allerdings wie Hachenburg so weit geht und behauptet, daß der Treuhänder eigentlich mehr im Interesse des Eigentümers bestellt sei, da die Verfügungen über die Hypothek z. B. Haftentlassungen, wohl meist im Interesse des Eigentümers gefordert werden, so muß man den Vertreterbegriff schon aus diesem Grunde verwerfen. Aber das ist in Wirklichkeit nicht der Fall. Der Treuhänder ist dazu bestimmt, die Interessen der Gläubiger wahrzunehmen. Er hat zu prüfen, ob seine Handlungen den Interessen der Gläubiger dienen, oder ob sie zu der von ihm vorzunehmenden Handlung verpflichtet sind[86]). Das Interesse des Eigentümers an der Treuhänderbestellung liegt nur darin, daß er einen Gegner hat, mit dem er verhandeln kann. Wenn so der Eigentümer auch ein gewisses Interesse an dem Handeln des Treuhänders hat, so widerspricht dies keineswegs der rechtlichen Natur der Stellvertretung, die nicht schon deswegen auf-

---

[86]) Paul Müller S. 43.

hört, Stellvertretung zu sein, weil außer dem Vertretenen noch ein anderer an ihr ein rechtliches Interesse hat[87]).

Als Grund gegen die Annahme einer echten Vertretung hat man in der Literatur ferner angeführt, daß es unter Umständen an einem bestimmten Vertretenen fehlt. Zweifellos ist, wie sich aus den §§ 164 ff. BGB. ergibt, Voraussetzung einer jeden Vertretung die Existenz eines Vertretenen. Diesem Erfordernis wird hier nun auch meist genügt sein. Daß der Gläubiger regelmäßig unbekannt ist, schadet nichts, dadurch wird die Bestimmtheit des Vertretenen nicht ausgeschlossen. Aber es kommen doch häufig Fälle vor, wo es offenbar an einem Vertretenen fehlt. Wenn z. B. der Treuhänder bereits vor der Emission der Schuldverschreibungen, was sogar in der Regel der Fall ist, bestellt ist, oder aber wenn besonders das emittierende Bankhaus selbst zum Treuhänder bestellt ist, ehe es die Schuldverschreibungen emittiert hat, sind offenbar noch keine Gläubiger vorhanden, die der Treuhänder vertreten kann. Aber jetzt ruht auch nicht etwa seine Treuhändertätigkeit, wie das Kammergericht angenommen hat, sondern er kann und muß auch jetzt schon tätig sein, z. B. wenn noch vor der Emission der Schuldverschreibungen Haftentlassungen nötig werden. Häufig kommt in der Praxis auch der Fall vor, daß eine Löschung von Teilen der Hypothek seitens des Treuhänders dann zu bewilligen ist, wenn ein entsprechender Teil von Schuldverschreibungen eingelöst und vernichtet ist, d. h. wenn also ein Teil der Forderung bereits erloschen ist. Da nun die Hypothek den Gläubigern nicht zur gesamten Hand, sondern pro rata zusteht, so existiert also tatsächlich hinsichtlich des zu löschenden Betrages kein Gläubiger mehr. Auch die Materialien[88])

---

[87]) Riezler S. 379; Romeiß S. 25; Paul Müller S. 42.
[88]) Protokolle III S. 674.

setzen ohne weiteres ein Handeln des Treuhänders nach Erlöschen der Forderung voraus. Man nahm dort offenbar sogar als Normalfall an, daß der Treuhänder nach der Zahlung die Löschungsbewilligung abgebe. Dies ist auch in der Literatur allgemein anerkannt[89]). Es gibt also tatsächlich Fälle, in denen von einer echten Vertretung deshalb nicht gesprochen werden kann, weil es keinen Vertretenen gibt. In diesen Fällen kann der Treuhänder nur im eigenen Namen handeln, weil niemand da ist, in dessen Namen er sonst handeln könnte. Schon aus diesem Grunde kann also der Treuhänder kein echter Vertreter im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuchs sein.

Hinzu kommt noch folgende Erwägung. Ein Vertreter handelt an Stelle des Vertretenen. Er kann infolgedessen auch nie mehr Rechte haben als der Vertretene. Hat er aber weitergehende Rechte als der Vertretene selbst, so ist er kein Vertreter. Aus diesem Grunde hat das Reichsgericht auch die Vertretereigenschaft des Konkursverwalters verneint[90]). Auch der Treuhänder hat ein weitergehendes Recht als die Gläubiger. Durch § 44 Abs. 2 GBO. ist der Treuhänder von der Vorlegung der einzelnen Schuldverschreibungen befreit, wenn er eine Eintragung vornehmen lassen will, während der Gläubiger selbst oder ein einfacher Vertreter diese dem Grundbuchamt überreichen müßte. Dieses für die Stellung des Treuhänders so wesentliche Recht steht ihm allein zu, ist sein eigenes Recht. Die Rechtshandlungen des Treuhänders wirken ferner auch für und gegen jeden späteren Gläubiger, also auch für und gegen tatsächlich nicht vertretene Personen. Wenn der Treuhänder aber so mit eigenen, ihm allein zustehenden Rechten ausgestattet ist, so handelt er nicht mehr als Ver-

[89]) Staudinger III S. 790; Jacobi S. 345; Hachenburg Beiträge S. 169 und Paul Müller S. 15 ff.

[90]) RG. 29 S. 29.

treter der Gläubiger, sondern kraft eigener Vertretungs- und Verfügungsbefugnis und im eigenen Namen. Auch das Reichsgericht[91]) nimmt an, daß der Treuhänder im eigenen Namen handelt. Einen Vertreter im eigenen Namen aber gibt es, wenigstens bei technischer Verwendung des Begriffes, nicht.

Lehnt man es ab, den Treuhänder als Vertreter der jeweiligen Hypothekengläubiger aufzufassen, läßt man ihn im eigenen Namen und aus eigenem Recht handeln, jedoch dergestalt, daß er dieses Recht nicht im eigenen Interesse, sondern nur im Interesse der Hypothekengläubiger ausüben darf, so kann man ihn als echten Treuhänder des alten deutschen Rechts bezeichnen. Das deutsche Recht gebrauchte den Treuhänder bei den verschiedensten Gelegenheiten; es gab ihm ein eigenartig gestaltetes eigenes von vornherein dahin beschränktes Recht, daß er es nicht im eigenen, sondern nur im fremden Interesse gebrauchen durfte. Den Hauptanwendungsfall stellt der Salmann des altfränkischen Rechts, der Vorgänger des Testamentsvollstreckers dar. Auch der Testamentsvollstrecker des BGB. ist als deutschrechtlicher Treuhänder aufzufassen. Er übt seine Befugnisse aus eigenem Recht und im eigenen Namen aus auf Grund des letzten Willens des Erblassers. Er ist nicht Vertreter oder Mandatar des Erblassers oder der Erben, sondern er erscheint als selbständiger Träger von Rechten und Pflichten. Trotz der Ernennung des Testamentsvollstreckers bleibt aber Subjekt des Nachlasses der Erbe; der Testamentsvollstrecker verwaltet den Nachlaß als fremdes Vermögen, übt die ihm durch das Testament anvertrauten Befugnisse aber als eigene aus, jedoch lediglich im Interesse der Erben[92]). Wenn auch der Testaments-

---

[91]) RG. in JW. 1906 S. 200.

[92]) Vgl. Romeiß S. 28.

vollstrecker und der Treuhänder des § 1189 BGB. manche Verschiedenheiten aufweisen, wenn vor allem die Stellung des Testamentsvollstreckers zu den Erben gegenüber der Stellung des Treuhänders zu den Gläubigern eine andere ist, da letztere neben dem Treuhänder volle Verfügungsbefugnis behalten, während die Erben kein Recht haben, über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstand zu verfügen oder ein dessen Verwaltung unterliegendes Recht geltend zu machen, so ist trotzdem die Stellung beider eine ganz ähnliche — vgl. besonders Hachenburg Beiträge S. 168 ff., der mit Recht folgendes anführt. „Wie der Erblasser seinen Erben die Vermögensgesamtheit belastet mit der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers gibt, ohne daß er diese selbst zum Rechtssubjekt des Vermögens zu machen hat, so erhält der Erwerber des Hypothekenscheines diesen belastet mit der Vertretung des Treuhänders, ohne daß dieser als Hypothekar eingetragen wird. Wie die Zulassung der Ernennung des Testamentsvollstreckers eine Erweiterung der Testierbefugnis des Erblassers ist (Motive V S. 217), so ist die Zulassung des Vertreters der Hypothek im § 1099 E II (jetzt § 1189 BGB.) eine Erweiterung der Macht des sein Grundstück verpfändenden Eigentümers, der eine Hypothek mit dieser Beschränkung schafft." Der Treuhänder des § 1189 hat ein Verfügungsrecht betreffs der Hypothek. Er ist aber nicht selbst Gläubiger der Hypothek. Ihm steht nicht die Hypothek selbst zu, sondern sein Recht ist nur ein Ausübungsrecht, ein Verfügungs- und Geltendmachungsrecht bezüglich der Hypothek. Insofern steht ihm aber auch ein eigenes Recht zu, unabhängig vom Rechte der Gläubiger und des Eigentümers, das er im eigenen Namen gebraucht. Aber dieses Recht darf er nur im fremden Interesse, nämlich im Interesse der Gläubiger der Hypothek, nie im eigenen Interesse gebrauchen. So ist der Vertreter

des § 1189 BGB. als echter Treuhänder im Sinne des deutschen Rechts aufzufassen, der ein Träger selbständiger Rechte bezüglich einer fremden Vermögensmasse im ausschließlich fremden Interesse ist[93]).

§ 19. Die Stellung des Treuhänders im Prozesse.

Der materiellrechtlichen Stellung des Treuhänders entspricht auch seine Stellung im Prozeß. Da er materiellrechtlich kein Vertreter ist, sondern in Ausübung eines eigenen Rechts im eigenen Namen handelt, so muß er auch selbst Prozeßpartei sein. Er klagt im eigenen Namen. Wer aber einen Prozeß im eigenen Namen führt, ist Partei. Für die Annahme der Parteieigenschaft des Treuhänders spricht auch der Wortlaut und Inhalt des § 1189 Abs. 2 BGB., wonach eine Klage sowohl gegen den Treuhänder als gegen den Gläubiger erhoben werden kann, und ebenso die Bestimmung des § 44 Abs. 2 GBO., die von einer gegen den Treuhänder ergangenen Entscheidung redet. Der Treuhänder ist Prozeßsubjekt. Er hat infolgedessen auch die Parteieide zu schwören. Die Gläubiger können im Prozeß des Treuhänders als Zeugen vernommen werden, jedoch nur uneidlich gemäß § 393 Ziff. 4 ZPO.

Da die Handlungen des Treuhänders kraft Gesetzes unmittelbar für und gegen die Gläubiger wirken, so ist auch das auf den Namen des Treuhänders erlassene Urteil für und gegen die Gläubiger wirksam, und diese Wirkung trifft nicht nur den gegenwärtigen, sondern auch jeden späteren Gläubiger. Einer gleichen, erneuten Klage einzelner Gläubiger steht die exceptio rei iudicatae und auch die exceptio litis pendentis entgegen. Dem vom

---

[93]) Vgl. die Abhandlung Schultzes in Iherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 1 ff., in der eine nähere Begriffsbestimmung und Charakterisierung des Treuhänders gegeben ist.

Treuhänder geführten Prozeß kann der Gläubiger als Nebenintervenient gemäß § 66 ZPO. beitreten, da er ja nicht selbst Partei ist und ein rechtliches Interesse daran hat, daß der Treuhänder obsiegt. Da die in dem Prozeß des Treuhänders ergangene Entscheidung gemäß § 1189 BGB. für und gegen die Gläubiger Rechtskraft schafft, so gilt der beitretende Gläubiger nach § 69 als Streitgenosse des Treuhänders. Wenn Treuhänder und Gläubiger gleichzeitig oder gemeinschaftlich Klage erheben, so sind sie notwendige Streitgenossen im Sinne des § 62 ZPO., da das streitige Rechtsverhältnis ihnen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann.

Wenn der Treuhänder allein prozessiert, wenn also das Urteil auf seinen Namen lautet, so kann auch nur er aus dem Urteil vollstrecken und auch nur gegen ihn vollstreckt werden. Die Gläubiger selbst können nicht vollstrecken. Dies ergibt sich auch schon aus § 750 ZPO., wonach die Zwangsvollstreckung nur beginnen darf, wenn die Personen, für und gegen welche sie stattfinden soll, in dem Urteil oder in der demselben beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind und das Urteil bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Eine namentliche Bezeichnung der zum großen Teile sogar unbekannten Teilschuldverschreibungsinhaber nach Namen, Stand und Wohnort dürfte gänzlich unmöglich sein. Wollen sich die Gläubiger selbst des Urteils bedienen, so müssen sie gegen den säumigen Treuhänder auf Vornahme der Zwangsvollstreckung klagen oder die Abberufung des Treuhänders herbeiführen. Nach Beendigung der Stellung des Treuhänders kann eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf die Gläubiger erfolgen, analog den Bestimmungen der §§ 727 ff. ZPO.

Da der Treuhänder Partei ist, hat er auch im Fall des Unterliegens im Rechtsstreit die Kosten zu tragen. Es

besteht keine Möglichkeit, den Gläubigern die Kosten aufzuerlegen. Dies würde auch zu unhaltbaren Zuständen führen, da es dem obsiegenden Gegner unmöglich sein würde, von den ihm größtenteils unbekannten Gläubigern die Kosten einzuziehen. Wenn es auch zunächst unbillig erscheinen mag, daß der Treuhänder in einem Prozesse, den er vollständig im fremden Interesse führt, die Kosten tragen soll, so wird diese Unbilligkeit sich in der Praxis sehr selten fühlbar machen, da, wie oben S. 65 gezeigt ist, durch Aufnahme in die Anleihebedingungen die Gläubiger oder noch besser der Eigentümer verpflichtet werden können, dem Treuhänder die Prozeßkosten zu ersetzen.